

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL SBEGHEN FREITAS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” AO DELITO
DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL**

FLORIANÓPOLIS

2018

RAFAEL SBEGHEN FREITAS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” AO DELITO
DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL**

Monografia submetida ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

FLORIANÓPOLIS

2018

RAFAEL SBEGHEN FREITAS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” AO DELITO
DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL**

Esta monografia foi apresentada como TCC – Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, à banca examinadora constituída pelo professor orientador e membros abaixo relacionados.

Florianópolis, _____ de _____ de 2018.

Prof^ª. Dra. Juliana Wulfinf

Coordenadora de Monografias do Departamento de Ciências Jurídicas

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Orientador

Prof.

Membro

Prof.

Membro

AGRADECIMENTOS

Nenhuma caminhada deve começar sem antes pedir a bênção do Pai Celestial, a quem devo meus agradecimentos pela família incrível que me foi dada, pela saúde e por toda a proteção nessa jornada.

À minha mãe Carmen, meu “espelho”, dona de um coração grande na medida de sua paciência em cuidar de três homens na mesma casa. Sempre foi a primeira a receber e afagar minhas crises, bem como comemorar minhas conquistas, então é justo que seja a primeira a receber meus agradecimentos.

Ao meu pai Vicente, meu maior ídolo, inspiração e amigo. Por meio do exemplo, quem me ensinou a nunca buscar a mediocridade e os caminhos mais fáceis, e não mediu esforços para me oferecer as melhores condições a fim de que eu chegasse até aqui.

Ao meu irmão Gabriel, pelas noites perdidas (ou ganhas) no videogame, pelas longas conversas sobre a vida, pela parceria e pelas inúmeras risadas que compartilhamos. Que teu futuro seja tão brilhante quanto o potencial sugere.

À Universidade Federal de Santa Catarina, antes um sonho de garoto, hoje minha casa por quase uma década. Lugar em que amadureci, vivi experiências impagáveis e abri minha cabeça. Despeço-me ciente que sou uma pessoa melhor do que aquela que entrava em 2010, com a certeza que logo estarei de volta.

Dentre vários mestres que me ensinaram e guiaram durante o curso, agradeço em especial o professor Everton das Neves Gonçalves por aceitar orientar um trabalho um tanto diferente de seu foco e também por suscitar em mim o interesse *por Law and Economics*.

À Ordem Demolay, ao Capítulo XV de Novembro e aos “Colonos”, que me ensinaram os valores de um caráter reto e moral e foi minha família substituta nos 600 quilômetros que me separam de casa.

À Atlética de Direito da UFSC, que me proporcionou viver a faculdade em sua plenitude e me colocou junto a minha paixão pelo esporte.

Por fim, ao “Direito do Trator”, grupo que reuniu possivelmente as mentes mais brilhantes que o Direito Catarinense produziu nesta década e fez desses cinco anos um período com muitas loucuras para relembrar.

Quidquid agis prudenter agas et respice finem
(O que quer que faça, faça sabiamente e considere o fim).

RESUMO

O presente trabalho busca discutir o delito de lavagem de capitais e sua nocividade aos sistemas financeiros, à sociedade e à economia como um todo. As organizações criminosas modernas são capazes de utilizar-se deste crime de maneira cada vez mais sofisticada e aprimorada, o que coloca a persecução criminal em risco de ficar obsoleta. A fim de evitar isso, instrumentos originados no direito estrangeiro vêm sendo incorporados aos poucos no ordenamento jurídico brasileiro, como a delação premiada, a teoria do domínio do fato, chegando finalmente até o tema deste estudo, a teoria da “cegueira deliberada”. De origem inglesa, busca solucionar os casos em que o agente, ignorando de forma deliberada dados penalmente relevantes à sua conduta, provoca a realização de um resultado ilícito. A teoria é aplicada em diversos ordenamentos jurídicos, especialmente nos Estados Unidos e na Espanha, contudo não se verifica uma uniformidade nas teses e decisões. Doutrina e jurisprudência no Brasil já discutem e aplicam a teoria da “cegueira deliberada”, ainda que de forma tímida. É necessário, portanto, fazer um estudo acerca da compatibilidade da teoria com o Direito penal brasileiro, a fim de se verificar a possibilidade e principalmente a necessidade de aplicação ao delito de lavagem de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico. Lavagem de Capitais. Teoria da “Cegueira Deliberada”.

ABSTRACT

The present work seeks to discuss the crime of money laundering and its harmfulness to financial systems, society and the economy as a whole. Modern criminal organizations are able to use this crime in an increasingly sophisticated and improved manner, which puts criminal prosecution at risk of becoming obsolete. In order to avoid this, instruments originated in foreign law are gradually being incorporated into the Brazilian legal system, such as the awarding of the theory of the domain of fact, finally reaching the theme of this study, the wilfull blindness theory. Originated in Great Britain, it tries to solve the cases in which the agent, deliberately ignoring data criminally relevant to his conduct, causes an illicit result to be achieved. The theory is applied in several legal systems, especially in the United States and Spain, but there is no uniformity in theses and decisions. Doctrine and jurisprudence in Brazil already discuss and apply the wilfull blindness theory, albeit timidly. It is therefore necessary to make a study about the compatibility of the theory with Brazilian criminal law, in order to verify the possibility and especially the need for application to the crime of money laundering.

Keywords: Law and Economics. Money laundering, Willfull blindness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP	Ação Penal
CF	Constituição Federal
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
SFN	Sistema Financeiro Nacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 A LAVAGEM DE CAPITAIS E SUA AFINIDADE COM O DIREITO PENAL E ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO 12

- 2.1 A problemática geral do Direito Penal e Econômico 13
 - 2.1.1 A "mcdonaldização" do Direito Penal e o isolacionismo: busca por um ponto de equilíbrio 15
- 2.2 O bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem de capitais 16
 - 2.2.1 O bem jurídico antecedente como objeto de tutela das normas de lavagem de capitais 18
 - 2.2.2 A administração da justiça como bem jurídico tutelado 19
 - 2.2.3 A ordem econômica como bem jurídico lesado pela lavagem de dinheiro 20
 - 2.2.4 Pluriofensividade 21
- 2.3 Crime organizado e a lavagem de dinheiro 23
 - 2.3.1 A questão da criminalidade econômica 25
- 2.4 O déficit punitivo e aspectos criminológicos relevantes 27
 - 2.4.1 A análise econômica do direito e o movimento *Law and Economics* 27
 - 2.4.2 A teoria da escolha racional 28
 - 2.4.3 A teoria da prevenção situacional 29
 - 2.4.4 A teoria dos desvios cognitivos 30

3 O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 32

- 3.1 Aspectos conceituais do delito 33
 - 3.1.1 Características e fases da lavagem de dinheiro 33
- 3.2 Previsão normativa do crime de lavagem de capitais 35
 - 3.2.1 Relação entre infração anterior e prática da lavagem de dinheiro: exaurimento 36
 - 3.2.2 Crimes antecedentes na Lei nº 9.613/98: o rol taxativo 37
 - 3.2.3 Crimes antecedentes na Lei nº 12.683/12: o rol aberto 39
 - 3.2.4 O artigo 9º da Lei de Lavagem, instituto do *Compliance* incluído na Lei Anticorrupção e a imputação objetiva 42
- 3.3 Problemática da imputação subjetiva nos crimes de lavagem 44

3.3.1 A dificuldade da prova do dolo nos crimes de lavagem de dinheiro	45
3.3.2 Admissibilidade do dolo eventual	47
4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL	50
4.1 A teoria da "cegueira deliberada": Evolução e justificativas dogmáticas	50
4.1.1 A teoria da "cegueira deliberada" surge no sistema de <i>common law</i> : desenvolvimento da teoria nos EUA	52
4.1.2 A importância da idéia da "cegueira deliberada" ao <i>civil law</i> : o modelo espanhol	53
4.1.3 Dever de cuidado como justificativa dogmática do instituto	55
4.1.4 A alta probabilidade como justificativa dogmática do instituto	57
4.1.5 A alternativa do dolo normativo	59
4.2 As principais dificuldades na aplicação do instituto	60
4.2.1 Limites de legalidade da "cegueira deliberada"	62
4.2.2 Conceito de dolo	62
4.2.3 Conceito de erro	64
4.3 Há espaço para aplicar a teoria da "cegueira deliberada" ao delito de lavagem de capitais no Brasil?	65
4.3.1 Furto ao banco central de fortaleza	66
4.3.2 Ação Penal nº 470 – MG: O caso “mensalão”	68
4.3.3 Operação lava jato	70
4.3.4 Análise crítica	72
5 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

É laborioso identificar com precisão a quantidade de capitais ilícitos movimentados anualmente na economia mundial, no entanto, relatório elaborado pelo *Global Financial Integrity*¹ estima que economias emergentes (Brasil, Índia, Rússia e China) foram responsáveis pelo trânsito de U\$\$ 3 trilhões ilegais entre 2003 e 2012, sendo que U\$\$ 217 bilhões correspondem ao fluxo brasileiro no período, o que alçou o país ao 7º lugar entre 145 economias com maior deslocamento de dinheiro ilícito no período aferido.

A globalização econômico-financeira favorece a camuflagem de organizações criminosas e terroristas e endurece a tarefa de distinguir produtos, bens e valores provenientes da economia ilícita daqueles oriundos da economia lícita. Nesse cenário, a lavagem de capitais assume uma faceta determinada por uma espécie de criminalidade contemporânea, fomentada por agentes cada vez mais “profissionais” e que utilizam-se de meios sofisticados para atingir seus objetivos.

Historicamente, o combate e prevenção a este delito mostraram-se formas eficazes de enfrentar o crime organizado, visando seu enfraquecimento financeiro e a asfixia de recursos que consolidam suas redes de corrupção e proteção. No Brasil, duas Leis foram aprovadas com este objetivo: a nº 9.613/2018 e a nº 12.683/2012, dignas de elogios e críticas como qualquer instrumento legal. No entanto, essa criminalidade metamórfica é capaz de levar a legislação à obsolescência em pouco tempo, o que suscita debates acerca de uma maior efetividade político-criminal no que diz respeito a esse crime.

A partir do julgamento da icônica Ação Penal 470 (caso Mensalão), o cenário jurídico em torno da lavagem de capitais ferveu no Brasil. Debates exaltados, imprecisões técnicas e confusões marcaram as sessões. Foi também neste caso que, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pelo acolhimento da Teoria da “Cegueira Deliberada” na condenação pelo delito de lavagem de dinheiro. Concebeu, portanto, importante precedente para preencher as lacunas legislativas dos dispositivos disponíveis.

A teoria mencionada alhures, oriunda do direito anglo-saxão, é utilizada a fim de aproximar a reprovabilidade de uma conduta em que o agente detém conhecimento acerca do plano fático àquela em que a falta de conhecimento do acusado se dá em razão da sua omissão (cegueira) deliberada com a única finalidade de não obter esse conhecimento.

1 O Global Financial Integrity é uma organização de pesquisa e consultoria baseada em Washington (EUA), que produz análises sobre fluxos ilícitos de capitais e oferece soluções a governos de países em desenvolvimento acerca de políticas públicas efetivas, além de promover o desenvolvimento global por meio de medidas pragmáticas de transparência.

Por se tratar de mecanismo importado do direito fundado em *common law*, as incipientes tentativas de aplicá-lo no *civil law* brasileiro mostraram-se sem necessidade prática, carecendo principalmente de embasamento bibliográfico e jurisprudencial. No entanto, como se demonstrará no decorrer do trabalho, há possibilidades do uso da Teoria para punir agentes dedicados ao crime de lavagem de capitais, desde que os operadores e aplicadores do Direito no Brasil compreendam o contexto em que ela foi concebida e desenvolvida, seus requisitos e a necessidade de importá-la para embasar decisões.

Em assim sendo, o presente estudo organiza-se da seguinte maneira: o primeiro capítulo traz a perspectiva do delito de lavagem de capitais a partir da sua afinidade com o novo Direito Penal Econômico, que busca abarcar soluções não apresentadas pelo modelo clássico-liberal de Direito Penal em face da modernização dos crimes econômicos nas últimas décadas. Demonstrar-se-á a dependência que as novas organizações criminosas desenvolveram tendo como base o branqueamento de capitais e como as barreiras do Direito Penal em volta de delitos econômicos têm diminuído a fim de diminuir a convivência com tais práticas.

O segundo capítulo aborda aspectos conceituais do crime a partir da análise da legislação vigente e questões hermenêuticas importantes. A eliminação do rol taxativo de crimes por meio da Lei nº 12.683/2012 trouxe à tona o debate sobre a imputação subjetiva nos crimes de lavagem de capitais e a punição à título de dolo eventual, abrindo-se assim espaço para aplicação da teoria da “cegueira deliberada”.

Por sua vez, o terceiro capítulo contorna a Teoria da “Cegueira Deliberada” a começar pela análise da omissão penalmente relevante, uma vez que as modalidades do delito previstas na legislação vigente são comissivas. Apresenta-se em seguida o surgimento e o histórico da Teoria no Direito adventício e justificativas dogmáticas do instituto. Para adaptá-lo à realidade brasileira, passa-se a uma análise das perspectivas sobre o dolo na legislação de lavagem de dinheiro, e de que maneira deve a recepção desse instrumento autóctone no Direito Penal do Brasil, superando as tradicionais barreiras à importação de mecanismos para o ordenamento jurídico pátrio. Nessa toada, procura-se justificar que a aplicação da Teoria da “Cegueira Deliberada” é perfeitamente aplicável ao delito de lavagem de capitais no Brasil, mostrando-se inclusive mais eficiente do que aparatos jurídicos semelhantes, como o dolo eventual.

2 LAVAGEM DE CAPITAIS E SUA AFINIDADE COM O DIREITO PENAL E ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO

O delito abordado neste trabalho transcende as fronteiras nacionais. Em solo brasileiro, é a corrupção que possibilita a corrupção em larga escala e o financiamento das mais diversas atividades criminosas, como o tráfico de entorpecentes, significando fomento à atividade do crime organizado. No âmbito externo, a lavagem de dinheiro do tráfico internacional de entorpecentes e do terrorismo preocupa toda a comunidade internacional. A globalização financeira e social trouxe consigo para a pauta das discussões transnacionais a criminalidade econômica.

Na maioria das vezes, a lavagem de dinheiro atinge a ordem econômica nacional e internacional, uma vez que quando o dinheiro proveniente de práticas delituosas é reinserido na economia lícita, as relações de consumo, a livre concorrência e o sistema concorrencial são imediatamente afetados. Para Badaró (2013, p.59), o capital sujo não tem lastro na economia formal e se torna altamente desleal, visto que é livre de impostos, dos ônus da legislação trabalhista e demais encargos que pesam sobre as atividades lícitas. A consequência drástica disso é a desestabilização econômica, posto que ficam em desvantagem os atores que operam na legalidade e financiados por recursos lícitos.

Mostra-se clara então, a importância de readequar os valores dos bens tutelados pelo Código Penal, de modo a acompanhar o desenvolvimento e as mudanças sociais que o Brasil experimenta no contexto globalizado. Tais modificações devem elevar o valor de bens fundamentais de comunidade e sociedade, em face da exagerada proteção de bens e interesses individuais.

Isso porque se vive um novo milênio marcado pelo agravamento da complexidade econômica e política mundial, cujo fato é acompanhado palmo a palmo pelo aumento vertiginoso da criminalidade organizada (BARROS, 2017, p.33). O Código Penal brasileiro, no entanto, forjado em antigas estruturas não se mostrou apto a controlar o avanço da criminalidade nessas áreas.

É notável a quantidade crescente de condutas consideradas lesivas à economia, exemplificados pela sanção de novos diplomas legais, destinados a proteger bens e direitos relacionados com: o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86); a ordem econômica (Lei 8.137/90, arts. 4º e 7º, e Lei 8.176/91, arts. 1º e 2º), as relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor); entre outros.

A tutela por estes bens jurídicos, incluindo-se a Lei 9.613/98 nesse rol, mostram que o legislador pátrio direciona-se pela formação do Direito Penal Econômico no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Barros (2017, p. 34), o Direito Penal Econômico vem sendo moldado (via de regra) pela técnica dos crimes de perigo, que se relacionam diretamente com a questão dos bens jurídicos coletivos, como forma de antecipar a proteção penal dos bens jurídicos individuais, porquanto o risco a que se sujeita a sociedade atual é crescente; característica sentida na Lei de Lavagem.

Assim, é possível aduzir que a lavagem de dinheiro é um delito “raiz” de um incipiente Direito Penal Econômico, que se molda para preencher lacunas que o Direito Penal baseado no modelo clássico-liberal não foi capaz de suprir. Por força impositiva da própria globalização, trata-se também de uma modalidade jurídica internacional em pleno estágio de estruturação, a ser estudada nas próximas passagens desse capítulo.

2.1 A problemática geral do Direito Penal e Econômico

Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia (BAJO FERNÁNDEZ, 1987, p.34). O que caracteriza essa área do Direito Penal é ser um grau de intervenção estatal na economia, precisamente o mais intenso do intervencionismo mediante o exercício do *ius puniendi*. Tem como finalidade cumprir as exigências de uma valoração diferente do imperativo de justiça na ordem das relações sociais e econômicas, que se plasman na necessidade hoje assumida de proteger a economia em conjunto com a ordem econômica.

Com os novos conceitos e a evolução da sociedade no plano econômico e social, pode-se constatar uma progressiva ressonância política e jurídica dos imperativos éticos, sob a mediação do Estado social.

Esses novos conceitos geram novos interesses a proteger, e o Estado passa a preocupar-se com novos ramos de atuação, como a saúde, a previdência social, a economia e outros. No entanto, mesmo que o Estado tenha por condão controlar esta criminalidade criando novos tipos penais, as dificuldades começam já na aplicação efetiva destas medidas.

Notadamente, os crimes contra a ordem econômica são de difícil investigação e, conforme Figueiredo Dias e Da Costa Andrade (1984, p.536), quando chegam à Justiça enfrentam condenações simbólicas ou sentenças absolutórias.

Certo é que existem muitas dificuldades para a realização do Direito Penal Econômico, no entanto, desde que a criminologia iniciou seus conceitos até os dias de hoje, ocorreu uma modernização processual, legislativa e uma nova tipificação de delitos. Em assim sendo, o Direito Penal Econômico deve ser visto hoje como um ramo de Direito Penal necessário para um melhor controle da economia dos países. Há que se registrar também as indagações acerca de uma intervenção mínima do estado.

Suscitam-se questões basilares sobre política econômica e criminal nesse caso: Deve um Estado proteger jurídico-penalmente a economia e os atores econômicos ou deve impor aos empresários as menores restrições possíveis em favor de um possível crescimento econômico? Deve o legislador penal prever uma regulação aberta no Código Penal ou deve relegar a regulação de delitos econômicos à legislação especial e, nesse marco, deixá-los à potestade sancionadora da Administração econômica – configurando lhes enquanto infrações administrativas? Deve o legislador conformar os tipos penais econômicos de maneira acessória ao Direito Econômico ou deve empreender uma regulação jurídico-penal autônoma?

Em terras brasileiras, o enfrentamento de problemas relacionados à economia se dá com a criação de novos tipos penais. Ocorre que, na maioria dos casos, a lei penal não soluciona todos os problemas e é praticamente inaplicável aos grandes empresários que se escondem por meio de soluções políticas e judiciais.

Na ideia que aqui busca se defender, qual seja a busca por outros tipos penais e lançar mão de instrumentos adotados na comunidade internacional, foge-se ao modelo clássico-liberal e isso carrega a crítica de autores como Hassemer (1995, p.98), que afirma estarmos frente a uma forte criminalização que vai contra as ideias de uma moderna política criminal de intervenção mínima do Direito Penal, a famigerada *ultima ratio*.

Essa parcela da doutrina assinala que, dessa maneira, estariam se estabelecendo regras que contrariam o princípio de liberdade do exercício da atividade econômica, essencial ao sentido de economia de mercado. No entanto, essa visão já se mostra ultrapassada.

Segundo Bajo Fernández (1995, p. 64), o papel do Direito Penal Econômico, em última análise, é evitar abusos. Sobre a base da impossibilidade de uma concorrência perfeita, as restrições penais nesse campo buscam criar o marco idôneo em que a concorrência deve se desenvolver. Há sim um paradoxo no sentido que o Direito Penal Econômico busca introduzir

fortes restrições no mundo econômico precisamente para preservar a liberdade, e é justamente essa aparente contradição que tanto assusta que é hoje bem compreendida e aceita na maioria dos países.

De acordo com o disposto, o Estado, vendo-se diante de uma nova criminalidade passa à criação de novos tipos penais com a intenção de proteger a economia e o mercado financeiro. Com a modernização da economia, das transações bancárias, da informática, o Estado tem que criar uma forma de proteção e, para isso, utiliza-se do Direito Penal.

2.2.1 A “mcdonaldização” do Direito Penal e o isolacionismo: busca por um ponto de equilíbrio

Um outro efeito do processo globalizador que molda o Direito Penal Econômico seria o fenômeno que Beck (1999, p.85) resolveu denominar como “mcdonaldização” que consiste na disseminação, em âmbito universal, de estilos de vida, símbolos culturais, comportamentos e costumes originados a partir de países desenvolvidos, como exemplifica o sucesso mundial de audiência de filmes e séries hollywoodianos, bem como das produções da Disney em países da Europa e América Latina.

Uma parcela da doutrina consegue vislumbrar uma espécie de versão jurídica para essa tendência. É o caso de Martín (2007, p. 120-136) ao externar sua impressão sobre o que denominou de americanização do Direito Penal Econômico Europeu. Em suma, trata-se de crescente aproximação entre institutos e políticas existentes no sistema jurídico vigente em países anglo-saxões (sistema *common law*) e no sistema adotado em países da Europa continental e da América Latina (sistema *civil law*), ainda que os mesmos se diferenciem basicamente pela preponderância distintamente atribuída.

A integração econômica entre as nações provocou a busca pela integração dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais e acarretou a reconfiguração dos sistemas de fontes com vistas a alcançar um Direito Penal, se não universal ao menos harmônico.

Registra-se desde já o fato de haver resistência de uma parcela da doutrina quanto à rapidez e acriticismo com os quais, supostamente, têm sido acolhidos alguns anglicanismos, institutos (*whistleblowing, compliance programs, gatekeepers, willfull blindness theory*), regramentos como a as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI e, num prisma geral, a própria política criminal ostentada e fomentada por países desenvolvidos. Tal posicionamento de internacionalização do Direito Penal incorporaria, em larga medida,

uma proposta elaborada por aqueles países para impor seus anseios político-criminais e de seus próprios sistemas de fontes do Direito.

Respeitado o posicionamento citado, crê-se que não devem ser desprezadas as experiências advindas da realidade jurídica estrangeira e as marcadas distinções entre sistemas jurídicos não constituem obstáculos intransponíveis nesse processo.

Ainda que admite-se a necessidade de traduzir, sempre que possível, os termos empregados anteriormente ao idioma pátrio e mesmo considerando, pontualmente, a necessidade de adaptação dos institutos e normas estrangeiras à realidade da cultura jurídica brasileira, tais providências não afastam, de antemão, a possibilidade de interlocução efetiva entre sistemas jurídicos distintos e, principalmente, a capacidade do Direito Comparado em contribuir para o desenvolvimento do Direito Penal Econômico no Brasil, sem que exista uma aceitação ou submissão a qualquer forma de colonialismo por parte de nações mais ricas.

Caso não se veja dessa maneira, cria-se uma indesejável perspectiva isolacionista com base em uma “xenofobia jurídico-intelectual”. Ambas as visões radicais mostram-se irrazoáveis por prejudicarem o desenvolvimento de um sistema criminal mais efetivo a partir de contribuições técnicas advindas do exterior, bem como por impedirem a própria formação de um Direito Penal Internacional. Dessa maneira, é muito mais interessante aprender com erros – e eventuais acertos – da experiência jurídica estrangeira do que com os próprios erros pátrios.

2.2 O bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem de capitais

Um estudo que leve em conta a problemática do Direito Penal Econômico e os delitos correlatos tem de começar pela delimitação deste setor do ordenamento jurídico, que é onde normalmente se levantam as primeiras dificuldades no nível da doutrina brasileira.

De fato, antes de adentrar em temas mais polêmicos, parece relevante uma excursão sobre a delimitação do bem jurídico protegido pela norma penal do delito objeto deste trabalho, questão controversa e significativa para desenvolver e enfrentar temas vindouros.

Justifica-se a análise dessa temática também para os efeitos da aplicação da Teoria da “Cegueira Deliberada”, eis que para Puppe (2009, p. 10) o desprezo pelo bem jurídico tutelado é característica marcante do agente que cria barreiras ao conhecimento do ilícito.

De acordo com Hassemer (2017, p. 95), o Estado somente pode cercear de maneira mais drástica – com a sanção penal – um comportamento humano que ofenda de modo

significativo um bem jurídico fundamental à convivência social, o qual não pode ser tutelado de outro modo menos gravoso. É somente a partir dessa premissa que se pode justificar um tipo incriminador e oferecer delimitações seguras contra arbitrariedades do Estado.

A determinação dos bens jurídicos passíveis de tutela pelo Direito Penal não é uma tarefa simples, no entanto. Os valores que a sociedade considera como relevantes são dinâmicos, constantemente mutáveis, e é exatamente essa instabilidade que cria problemas e dificulta a elaboração de um rol taxativo do que pode ou deve ser protegido pela norma penal.

Constata-se que essa dificuldade em determinar o que é passível de tutela pelo Direito Penal levou uma parte da doutrina a se posicionar pela falibilidade do conceito do bem jurídico. Roxin (2008, p. 51), por instância, alega que a teoria do bem jurídico não contempla características dos tempos atuais, como a proteção de embriões, plantas, animais e a da vida das próximas gerações.

No entanto, propostas de abandonar ou substituir a ideia de bem jurídico revelaram-se até o momento, imprecisas e pouco harmoniosas, permeadas por conceitos vagos e utilitaristas, sem maior concretude formadora de um critério seguro de limitação do arbítrio do Estado (SOUZA, 2012, p. 53). Criminalizações que não apresentem um bem jurídico definido, em verdade justificam mais a desnecessidade da existência do tipo penal do que a inadequação da teoria do bem jurídico.

Conforme Bechara (2014, p. 235 - 236), o referencial deve ser o indivíduo, no sentido de proteger suas essenciais condições de vida numa sociedade estruturada sobre a base da liberdade humana, que justifica a norma penal. Aos interesses supra individuais deve haver uma interpretação teleológica voltada à identificação do referente individual, o qual, todavia, não necessita ser imediato na estrutura do tipo penal.

Assim, esse estudo se orienta sobre a premissa básica de que não há tipo penal carente de bem jurídico, e o reconhecimento de legitimidade de uma criminalização econômica deve, em primeiro lugar, identificar o bem jurídico tutelado.

Neste sentido, especificamente sobre o delito de lavagem de capitais, Badaró (2016, p. 51) define:

No campo da lavagem de dinheiro, por exemplo, a identificação do bem jurídico protegido pela norma penal é tarefa dogmática de suma importância, pois, a depender da posição firmada, as respostas sobre a natureza do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade serão distintas.

Como destacado anteriormente, este delito vem sendo lapidado pelo Direito Penal Econômico, ramo que não procura se prender às amarras das teorias clássicas e conservadoras do Direito Penal, para que sejam solucionadas demandas da persecução penal não previstas por este último. No entanto, o resultado desse quadro são entendimentos oscilantes na doutrina no que diz respeito à tutela do bem jurídico.

2.2.1 O bem jurídico antecedente como objeto de tutela das normas de lavagem de capitais

As tentativas iniciais de estabelecimento de um marco regulatório sobre lavagem de dinheiro andavam atreladas ao combate ao tráfico de narcóticos, de sorte que o bem jurídico indicado era a saúde pública, afetada diretamente pelo crime antecedente.

Esse rol ampliou-se com o tempo. O avanço das relações criminosas demonstrou que havia mais infrações a serem incorporadas na lista de geradores de bens passíveis de reciclagem. Assim, não somente a saúde pública seria o bem jurídico tutelado, como também o patrimônio, a administração pública, entre outros.

Esse posicionamento doutrinário é o mais compatível com a previsão legal de um rol detalhado e fixo de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro. Se o bem jurídico protegido é aquele lesionado pelo crime anterior, deverá o legislador se esforçar por indicar com precisão a lista de infrações passíveis de gerar produtos “laváveis”. A indicação genérica de qualquer crime como antecedente impossibilita a identificação dos bens jurídicos afetados por estes e pelo ato de branqueamento.

Não parece ser este o melhor entendimento, no entanto. Para Badaró e Bottini (2016, pp. 83 – 84), a legitimidade da criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já atingido por uma conduta anterior é questionável. Nesse caso, observa-se a ocorrência de *bis in idem* se o bem jurídico protegido pela norma da lavagem de dinheiro é o mesmo lesionado pelo delito antecedente.

Além disso, verifica-se uma tendência da política criminal nas esferas nacional e internacional de desvinculação da lavagem de dinheiro do crime antecedente. Leva-se como exemplo a própria lei brasileira, ao indicar expressamente que bastam indícios da infração precedente para o recebimento da denúncia por lavagem de dinheiro (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998).

Também pode ser apontada a ausência de proporcionalidade na fixação de uma mesma pena para ações que afetam bens jurídicos distintos. Pela Lei de Lavagem, definem-se todos

os crimes e contravenções penais como antecedentes do crime de lavagem. Em vista disso, não seria proporcional condenar à mesma pena alguém que reciclou recursos advindos do narcotráfico e aquele que praticou uma mera contravenção penal antes de branquear o capital.

Não será este o posicionamento adotado aqui, por conseguinte. Os bens jurídicos tutelados são distintos e o legislador busca conferir autonomia ao crime de lavagem, mesmo que necessária a relação com o crime antecedente.

2.2.2 A administração da justiça como bem jurídico tutelado

Há a linha doutrinária que aponta a administração da Justiça como bem jurídico violado pela lavagem de dinheiro. Para esse entendimento, o ilícito afetaria a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito. Deve ser compreendida, aliás, a Administração da Justiça em sentido amplo, que compreende o exercício da atividade jurisdicional, a apuração de fatos e a solução institucional de conflitos.

Aqui o delito assumiria características próximas do favorecimento real [art. 349, CP], conduta que seria praticada posteriormente em forma de auxílio prestado por quem não tenha participado do crime antecedente, obstruindo desse modo a própria justiça e suas funções de investigação, julgamento e recuperação do produto do delito.

Assim, de maneira diversa da proposta anterior, há aqui um ponto de vista que confere maior autonomia entre a lavagem e o crime antecedente, uma vez que a razão da tutela penal será justamente garantir os instrumentos para apuração e julgamento dos delitos anteriores e a recuperação de seu produto.

Sob o parâmetro da proporcionalidade, o pensamento parece mais adequado também. De acordo com Badaró e Bottini (2016, p. 85), se o bem jurídico protegido é a administração da Justiça, seja qual for o crime antecedente, é admissível a uniformidade de penas. A gravidade do crime inicial não afeta a natureza do comportamento posterior, que sempre coloca em risco o funcionamento da Justiça.

Contudo, o posicionamento em discussão não está isento de críticas. Para Callegari (2004, p. 146 – 147), a realização de condutas enunciadas na tipificação do crime de lavagem de dinheiro não induz nenhum ataque ao bem jurídico administração da justiça, o que leva à conclusão de que essas condutas possuem uma tipificação diferente da do favorecimento, causando lesão a outro bem jurídico.

Outrossim, ao se analisar a legislação brasileira, e sob o argumento de que neste caso a lavagem se aproximaria muito do tipo penal do favorecimento real, Pitombo (2013, p. 75-76) aponta que a aplicabilidade da lei ficaria limitada da mesma maneira como no caso de se reconhecer uma proteção exagerada do bem jurídico dos delitos anteriores, porquanto na hipótese do favorecimento real, o autor, cúmplice ou partícipe do crime anterior não pode ser punido também pelo delito de favorecimento.

Portanto, não será este o pensamento adotado como base. Uma vez que se o objetivo do legislador fosse a quase absoluta instrumentalização do tipo penal da lavagem de dinheiro e seu emprego na persecução dos crimes antecedentes, seria mais adequado e eficaz simplesmente implementar controles rigorosos em âmbito administrativo por meio de multas graves e desencorajadoras da conduta.

Por mais que o efeito da lavagem de dinheiro sobre a administração da Justiça seja relevante, pode ser compreendido como um reflexo, levando-se em conta os esforços da comunidade internacional em minimizá-lo por meio de instrumentos internacionais de cooperação judiciária em matéria penal.

2.2.3 A ordem econômica como bem jurídico lesado pela lavagem de dinheiro

A terceira posição é a atinente à proteção da ordem econômica. De acordo com esse entendimento, a lavagem de dinheiro atinge diretamente a ordem socioeconômica da comunidade em que acontece, uma vez que os valores assim incorporados à economia local e nacional são misturados indiscriminadamente com valores lícitos, gerando patrimônios aparentes. Nesta esteira, nada de fato se produz, razão pela qual também não são gerados novos empregos, investimentos etc., e o aparente crescimento na economia beneficia apenas poucos indivíduos.

A probabilidade de a lavagem de capitais interferirem na estabilidade econômico-financeira do país é real. O delito pode agravar ou, por si só, gerar situações nocivas à este.

Nessa perspectiva, Callegari (2004, p. 142) argumenta que, ainda que, por vezes, se identifique uma série de interesses, inclusive individuais, lesados pela conduta do agente que comete a lavagem de dinheiro, o objetivo desta norma é a proteção dos interesses globais e da finalidade individual de normalidade da ordem social e econômica.

Sob esse prisma supra individual adotado pela doutrina brasileira majoritária afirma-se que os interesses individuais atingidos estariam todos apoiados no substrato da ordem

econômica nacional, de forma que a proteção desta acarretaria a proteção daqueles, razão pela qual também não surpreende a criação de novos tipos protetores da ordem econômica, em geral sob a forma de crimes de perigo abstrato.

Na América Latina, particularmente, os Estados passaram a identificar a lavagem de dinheiro como uma das causas a dificultar a atração e manutenção de investimentos estrangeiros lícitos nos países, conscientizando-se da corrosão e do abalo que sofrem os seus mercados e sistemas econômicos em decorrência da circulação de capitais ilegítimos (PITOMBO, 2003, p. 80 – 83). No mais, é cediço que os crimes tidos como antecedentes à lavagem de dinheiro geram quantias tão grandes de lucros e ingerências tão profundas na ordem política que não é exagero afirmar que podem até desestabilizar governos.

Uma vez que os capitais buscam deixar países com políticas econômicas sólidas e controles rigorosos para buscar “refúgio” em regiões nas quais as políticas econômicas são frágeis, verificam-se fluxos de capitais que contrariam as leis econômicas. Não se nega, contudo, que o ingresso de capital (seja qual for a origem) na economia local possa trazer um aparente “enriquecimento” - no entanto, no caso dos capitais oriundos dos crimes tidos como antecedentes em qualquer lugar no mundo, estes apenas ingressam na economia formal de um país, a fim de poderem dela se retirar quando melhor aprouver e com a aparência de licitude, tratando-se, portanto, de capitais de alta volatilidade, refletida nas oscilações de taxas de câmbio, preços de determinados bens no mercado etc., fragilizando a economia do país em que ingressam.

Especialmente em face de condutas que envolvem as tecnologias de comunicação modernas demonstram que a atividade do agente da lavagem de dinheiro coloca em risco interesses individuais e da sociedade como um todo, podendo ocorrer grave desestabilização de todo o sistema financeiro e da ordem econômica nacional, inviabilizando o desenvolvimento do próprio país face à dimensão tomada pelo delito. Isso impõe a sua qualificação como um tipo penal destinado a proteger um bem jurídico supra individual considerado em campo difuso, sendo esta a maior das justificativas para a adoção da ordem econômica como o bem jurídico tutelado.²

² Ressalte-se que “interesses difusos dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéricos, pessoas e interesses em massa, conflitando entre si. Esses interesses difusos propriamente ditos têm seu vínculo entre pessoas e os fatos conjunturais genéricos. Têm a característica, ainda, de pautarem-se em dados de fato acidentais e mutáveis, pois se referem, no geral, à qualidade de vida.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra individual. cit., p. 61.)

Por outro lado, na visão de Badaró e Bottini (2016, p.90), nem sempre os crimes de lavagem afetarão o funcionamento da economia, muito embora esse seja o caso na maior parte das vezes.

2.2.4 Pluriofensividade

Embora também não seja isenta de críticas, apresenta-se mais certa a parcela doutrinária recente e majoritária que assume partido pela pluriofensividade do crime, levando-se em conta que é estabelecida uma miríade de bens jurídicos a serem tutelados, que variam da estabilidade do sistema econômico-financeiro do país até a própria administração da Justiça.

Essa posição surgiu principalmente a partir do reconhecimento que o diploma legal regulador da matéria é objetivamente complexo e multidisciplinar (BARROS, 2016, p. 45), e que tais características devem ser levadas em conta no momento em que se analisa o bem jurídico tutelado.

Conforme Blanco Cordero (2012, p. 220), o bem jurídico amparado pela lavagem de ativos não é fixo, mas sim dinâmico. Desta feita, quando envolvidas somas vultosas de dinheiro, o delito atingiria a ordem socioeconômica. Em outro norte, não se pode dizer que o sistema socioeconômico seria afetado no caso em que são envolvidas pequenas quantias de dinheiro ou bens de pequeno valor.

Este mesmo autor ressalta que em ambas as hipóteses restam atingidas a administração da justiça. Por meio do estudo da legislação comparada de países como Suíça e Itália depreende-se que a lavagem de ativos vem tipificada nos capítulos de seus respectivos códigos penais destinados aos “Crimes contra a Administração da Justiça”.

Barros (2017, p.45), por sua vez, desmistifica a unicidade do bem jurídico tutelado por meio da interpretação da Exposição de Motivos da Lei de Lavagem, que aponta serem protegidos de maneira imediata a estabilidade e a credibilidade econômico-financeira do País, e de maneira mediata a ordem socioeconômica.

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado imediatamente, parte-se de um contexto global crescente de se examinar a credibilidade da ordem econômica e o sistema financeiro de países envolvidos em parcerias e relações mútuas globais. Não à toa, as classificações de risco realizadas por agências como a *Standard & Poor's*³ assumem grande relevância ao subsidiar a decisão de um investimento no país.

³ A Standard & Poor's é uma agência que publica análises e pesquisas sobre bolsas de valores e títulos. É uma das três maiores agências de classificação de risco no mundo.

Essa confiabilidade demanda a existência de diversos fatores simultâneos, começando pela adoção de marcos regulatórios que possibilitem a repressão criminal e a prevenção à lavagem de ativos “sujos”, bem como que a legislação seja amparada pelos órgãos públicos e privados encarregados de cumprimento das medidas repressivas penais e administrativas.

Em síntese, a credibilidade econômica de uma nação está intimamente ligada ao fato de a mesma não compactuar com o trânsito de ativos ilícitos em sua economia, não permitir a corrupção de órgãos públicos e combater todo tipo de estratagema bancário ou financeiro que subsidiam o tráfico de drogas e armas, ao terrorismo e outros meios de desvio de poder, condutas necessariamente alimentadas pela lavagem de capitais.

Levando em consideração o disposto no subitem anterior, não parece haver dúvida, de que a ordem socioeconômica constitui o bem jurídico mediamente tutelado pela criminalização da lavagem, com apoio assegurado no direito penal econômico (DE CARLI, 2012, p.109-104) levando-se em conta, no entanto, que nem toda lavagem obrigatoriamente afetará o bem jurídico mediato.

Respeitado entendimento diverso, há que se reconhecer o caráter pluriofensivo do delito de lavagem de ativos, considerando que não há posicionamento doutrinário firme e isento de críticas acerca do tema. Certeiro é que os interesses vulnerados pela ocultação de patrimônio obtido criminosamente ofendem ao mesmo tempo a administração da Justiça, a ordem socioeconômica e credibilidade do sistema financeiro nacional. Além do mais, não há óbice para a admissão da legitimidade da previsão legal de delitos classificados como de perigo abstrato e cumulativos, tal como a lavagem de capitais.

2.3 Crime organizado e a lavagem de dinheiro

Conforme destaca Pitombo (2003, p. 77) “no exercício da atividade empresarial, o crime organizado acaba adotando práticas que atingem a livre-iniciativa, a propriedade, a concorrência, o consumidor, o meio ambiente, o patrimônio histórico, enfim, vários aspectos da ordem socioeconômica”. Assim, ao se reconhecer que a lavagem de dinheiro normalmente danifica o bem jurídico “ordem socioeconômica”, emerge novamente a relevância da ligação entre a criminalidade organizada e esse delito.

É nesse íterim que verifica-se com mais clareza que as grandes organizações criminosas modernas dispõem de tamanha disponibilidade de bens e dinheiro, provenientes das mais diversas atividades delinquentes e, portanto, com total liquidez, que o seu

reinvestimento pode gerar desvios e condicionamentos no mercado financeiro, a ponto de poder levar ao controle de um inteiro ramo econômico.

Desse modo, uma maneira de analisar a lavagem de capitais como importante instrumento do crime organizado e em especial dos crimes de “colarinho branco” é enfatizar suas consequências em vez de sublinhar seus ingredientes.

Nesse sentido:

[...] é uma consequência inevitável das atividades de organizações que negam o Estado seu legítimo monopólio da violência, que corrompem as instituições estatais, que ameaçam a integridade dos setores financeiros e comerciais da sociedade, e que, rotineiramente desconsideram ou violam normas e convenções legais e sociais, quer no nível nacional, quer no nível internacional. O que faz essas formas de comportamento cada vez mais perturbadoras é o fato delas possibilitarem às organizações criminosas acumular um grau de poder e riqueza que rivaliza e, em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos. Na medida em que estas organizações aprofundam suas raízes nas suas respectivas sociedades, elas caracterizam uma ameaça para ambas, democracia e aplicação da lei. (WILLIAMS E SANNOVA, 1996. p. 51)

Na lição de Barros (2017, p.30), a lavagem de ativos é indispensável para a sobrevivência de grupos criminosos organizados não-violentos e violentos. Observa-se nos tempos recentes que o dinheiro ilícito obtido por grupos criminosos agora é também canalizado para setores da sociedade antes inimagináveis, como áreas de lazer, cultura e entretenimento.

Em todos os casos as organizações econômicas se mantêm sobre o eixo dinheiro-poder. Os capitais mantêm e motivam a prática dos crimes e oxigenam as organizações criminosas de maneira que seus comandantes lancem mão de todo tipo de subterfúgio para esconder e proteger os recursos originários de ilícitos. Pode-se inferir que toda organização criminosa, de alguma maneira, pratica o crime de lavagem de dinheiro, mas nem toda lavagem de dinheiro é praticada por organizações criminosas, como no caso de um partido político que é levado a acreditar que doações foram legítimas, quando em realidade são oriundas de desvio de verba pública.

Consequência da atuação característica das organizações criminosas na lavagem de capitais é o que se concebe como o ciclo “criminal-legal” (MENDRONI, p. 26, 2013). O produto ilícito subdivide-se para em uma frente ampliar as atividades criminosas, como também para se misturar em negócios lícitos. Destacam-se maneiras cada vez mais “cotidianas” de misturar capitais ilícitos aos lícitos: hotéis, postos de combustíveis, lojas de automóveis de luxo, igrejas, bingos, cassinos, escolas de samba, transferências de atletas por clubes de futebol, etc.

A criação de empresas por meio do poder decorrente do elevado capital e das facilidades que dele decorrem movem o negócio para o âmbito de atuação da “pressão política”. Disseminam-se falsas ideologias com o simples propósito de que as organizações criminosas consigam eleger seus próprios representantes dentro dos Poderes Executivo e Legislativo.

A cartada final é a degradação da sociedade por meio de aprovação e aplicação de leis que amenizam ou de alguma forma favorecem as atividades criminosas primárias.

Cria-se na sociedade a alteração de consciência dos conceitos de gravidade das condutas sob a égide “democrática”, vez que houve um procedimento legislativo conduzido e provocado por representantes do povo para tal. É assim que condutas graves passam a ser mais toleradas ou menos punidas.

Nesse ponto, não é demais apontar que se criou uma imagem relativamente benévola do criminoso do colarinho branco. A integração e admiração em graus elevados dispensados pela mídia e por autoridades do Estado aos criminosos econômicos os afastam do estereótipo e dos destinos jurídicos penais da massa dos criminosos comuns (MAGALHÃES, 2018, p. 88).

De maneira geral, a sociedade, o Legislativo e Judiciário não consideram o delinquente abastado como um autêntico malfeitor. Muitas vezes, travestidos com a fantasia de homens de negócios, são enxergados até com certa idolatria, em que pese ser mais danoso que o infrator comum por retirar da sociedade recursos normalmente escassos que seriam capazes de promover a vida, saúde e dignidade de milhares de pessoas.

Assim, dispor de grandes quantidades de dinheiro não significa somente influenciar mercados. Em última análise, significa financiar eleições, eleger parlamentares que representem seus próprios interesses, a exemplo da ação dos *Gentleman of Cali*⁴, grupo narcotraficante que escondia-se atrás da imagem de empresários bem-sucedidos em uma profusão de setores. O poderio econômico adquirido com aparência lícita lhes permitia o livre trânsito na alta sociedade colombiana, o comando de setores essenciais da sociedade e até o direcionamento de eleições, contaminando todas as bases de um Estado Democrático de Direito.

Indubitavelmente, tal problemática atingiu grau tão grande de complexidade estrutural, material e penetrou de maneira tão profunda na política e sociedade que os procedimentos repressivos de controle da situação tornam-se constantemente ultrapassados.

4 Também conhecido como “Cartel de Cali”, era um cartel narcotraficante situado na região sul da Colômbia, chefiado pelos irmãos Gilberto e Miguel Rodríguez Orejuela. Denominavam-se “Cavaleiros de Cali” por participarem de um círculo social distinto de outros traficantes de sua época.

2.3.1 A questão da criminalidade econômica

Necessariamente, a criminalidade econômica não se vincula obrigatoriamente à criminalidade organizada. Contudo, na maioria das vezes existe uma organização criminosas que atua na comissão destes delitos, seja por sua estrutura internacional, seja pelo tipo de delito realizado. Isso implica que nestes casos, dificilmente uma ou poucas pessoas serão responsáveis pela comissão do delito, que requerem uma estrutura para sua realização.

Quando se trata do universo criminal, nenhuma área sofre mudanças tão constantes e abruptas quanto o ramo da criminalidade econômica, o que dá azo a crer que toda política criminal que se mostre estagnada será ineficaz. Os delinquentes dessa área dificilmente estão aguardando os movimentos das autoridades do Estado para decidir como agir, e mostram-se sempre um passo à frente da persecução criminal. Nesse sentido, afirma Morris (2000, p.43) que a estratégia criminal deve ser submetida constantemente a reajustes de eficácia.

A criminalidade econômica hodierna é capaz de adicionar ao dinamismo que lhe é peculiar uma capacidade única de mimetização, tal qual um camaleão. A busca constante por conferir um verniz de licitude para seus crimes é uma característica fortemente ligada a essa nova criminalidade, que via de regra revela-se avessa a improvisos e violência.

Também pode ser apontada como característica marcante desses grupos o grau elevado de sofisticação e requintamento metodológico em que os delitos são cometidos. Nota-se que dentro dos grupos desse ramo há agentes dotados de apurado conhecimento técnico e expertise no mercado econômico-financeiro, ou simplesmente valem-se do assessoramento de terceiros que detenham tal conhecimento.

Panzeri (2005, p.12-13) ainda aduz que deve ser acrescentada a esse perfil a alta especialização técnico-profissional das manobras ilegais, que se encontram distribuídas em moldes logísticos similares aos que ocorrem com a divisão de funções em empresas. Daí pode-se assumir que existe escalonamento inclusive em graus hierárquicos, direcionado a atingir a melhor performance possível no cometimento eficiente de comportamentos criminosos.

Igualmente, combate às organizações criminosas envolve, como principal e comprovado método, agir contra suas bases, sua capacidade de organização e pela asfixia dos recursos ilícitos que tencionam se tornar lícitos. Leong (2007, p. 7) ressalta que a principal forma de combate ao crime organizado é cortar o que lhes mantém vivos: seus bens, dinheiros e capital.

Também deve se atentar para o que Ripollés (2015, p.22) considera como déficit punitivo persistente em relação à macro criminalidade econômica. O abuso de garantias legais por meio de manobras assessoradas técnico-juridicamente e de alto custo, bem como a tendenciosa postura contemporizadora de parcelas da doutrina penal, como também a prontidão em criar obstáculos argumentativos ao encaixe dos ilícitos econômicos e empresariais no âmbito do Direito Penal, e a capacidade de inventar novos entendimentos que conduzam a uma resposta penal suavizada nessa seara são alguns dos exemplos.

2.4 O déficit punitivo e aspectos criminológicos relevantes

Grupos e pessoas economicamente abastadas tradicionalmente são clientes indesejados e incomuns do sistema penal. No Brasil, podem ser citados casos de anistia criminal recentemente concedidas a crimes econômicos (evasão de divisas, lavagem de capitais e crimes contra a ordem tributária) por meio da Lei nº 13.254/2016, assim como a subsequente Lei nº 13.428/2017, que ampliou os prazos e oportunidades de livramento penal. Tais diplomas juntaram-se e outras tantas de iniciativa do legislador pátrio no sentido de imunizar criminosos econômico-tributários.

Denota-se a inexistência, brandura ou revogação da imposição legislativa sancionatória, seja pela parca aplicabilidade concreta de punições, a criminalização permanece ainda muito distante do universo dos colarinhos brancos, ressalvadas poucas exceções esporádicas.

Mesmo que diagnosticado há décadas, o déficit punitivo permanece tendo lugar cativo na realidade atual do Direito Penal Econômico brasileiro, evidenciando o inequívoco tratamento desigual entre crimes de ricos e crimes de pobres, o que afeta a credibilidade e a legitimidade do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2.4.1 A análise econômica do direito e o movimento *Law and Economics*

Nesse contexto, a discussão sobre maior efetividade político-criminal passa a ganhar relevo. De acordo com Rosa e Linhares (2011, p.59), o conceito de eficiência ganha corpo no Direito a partir da proposição de aplicação de dados e conceitos da teoria econômica para explicação de problemas jurídicos, impulsionado pela eminência do discurso neoliberal.

Surge na Universidade de Chicago, o movimento *Law & Economics*, que propôs a Análise Econômica do Direito (AED), corrente de pensamento metodológico que originaria a publicação de diversos periódicos (*Journal of Law and Economics*, *Journal of Legal Studies*, entre outros) em meados do século passado.

Como marco inicial do movimento, costuma-se apontar a publicação do artigo intitulado *The problem of social cost*, em 1960, de autoria de Ronald H. Coase, em que foi apreciado o custo da proteção jurídica a determinados interesses e a eficácia da alocação de recursos.

2.4.2 A teoria da escolha racional

Com base em premissas do utilitarismo iluminista e antropocentrismo, surge no contexto da Análise Econômica do Direito a teoria da escolha racional (*rational choice theory*), que consiste na consideração de que o ser humano faz, via de regra, uma ponderação de interesses antes de tomar decisões e atitudes, levando em consideração os benefícios e possíveis prejuízos, além das sanções decorrentes. Esse postulado, portanto, tenta se afastar do determinismo característico dos pressupostos positivistas e aproxima-se da explicação da criminalidade a partir da ideia da racionalidade humana.

Aponta-se como marco inicial dessa vertente econômico-criminológica o trabalho intitulado *Crime and punishment: an economic approach*, publicado em 1968 por Gary Stanley Becker, então professor da Universidade de Chicago. Por meio de uma equação matemática⁵, o modelo denominado de utilidade subjetiva esperada no qual é contrastada a probabilidade de punição do agente com a utilidade (previsão dos ganhos propiciados pela prática criminosa).

A base fundamental dessa teoria e por extensão do próprio movimento *Law & Economics* é a premissa genérica de que seres humanos são, via de regra, indivíduos racionais que decidem seus comportamentos sob considerações de custo e benefício, competindo ao Estado estipular estímulos para intervir nesse processo equilibrado de tomada de decisões.

Essa teoria mostra-se com inegável apetência para espelhar a mentalidade que está por detrás da criminalidade dos delitos de colarinho branco, vez que os crimes cometidos nessa seara não decorrem de impulsos ou rompantes, mas da premeditação e da análise do custo-benefício, características evidentes do mercado financeiro. Para Cruz e Maltez (2013, p. 157-

⁵ A fórmula simplificada é a seguinte: $EU = p U(y-f) + (1-P) U(Y)$. Em síntese, EU é a utilidade esperada; P é a probabilidade de ser descoberto e punido; U é a utilidade do crime; Y representa os ganhos do crime quando este não é detectado e Y-f significa os ganhos do crime quando o mesmo é sancionado.

158), a própria lógica do mercado financeiro envolve permanentemente a ponderação das atividades produtivas desempenhadas, porque nas sociedades empresariais e de homens, há a busca constante por maximização de lucros e minimização de perdas.

Neste mesmo modo, Tiedemann (2010, p.51), assevera que a teoria econômica da criminalidade possui singular capacidade de explicação sobre a criminalidade econômica. No campo empresarial, o caminho do crime é trilhado apenas quando os benefícios e recompensas esperados por meio do cometimento do delito são maiores e mais atraentes que os benefícios e recompensas oferecidos no ramo da legalidade. É por essa razão que o Estado deve procurar fazer com que a decisão pelo crime torne-se a mais cara possível ou, ao menos, mais custosa que a obediência ao ordenamento jurídico.

A disposição para o acatamento das normas penais não opera quando sua infração se faz especialmente atrativa e essa disposição diminui na exata medida que os indivíduos percebem que o infrator não é sancionado ou o é de forma amenizada. Ao custo social da benevolência com o criminoso do colarinho branco deve ser acrescentado o efeito incitador que essa situação exerce sobre a sociedade em geral, seja sob o ângulo da aprendizagem social, seja pelo ângulo da escolha racional.

Chama-se a atenção para o fato de o crime não compensar àqueles que se dediquem. Nesse ponto, faz-se nítida a relação da teoria da escolha racional com o delito de lavagem de capitais e a estratégia de persecução denominada de seguimento do dinheiro, uma vez que tais iniciativas tendem a aumentar os custos da decisão de delinquir e diminuindo a atratividade econômica do crime.

A teoria em comento também enfatiza a influência da cultura corporativa no processo de tomada de decisões e condutas de seus integrantes, assim como faz refletir acerca da possibilidade de bloqueio de oportunidades delitivas por meio de possíveis intervenções no ambiente de convivência grupal. A sensação de anonimato e proteção acarreta em decisões mais propensas à assunção de riscos penais.

Essas implicações remetem à teoria da prevenção situacional e à dos desvios cognitivos.

2.4.3 A teoria da prevenção situacional

Também chamada da teoria da oportunidade ambiental, a teoria da prevenção situacional indica, no que diz respeito ao Direito Penal Econômico, a explicação dos altos

índices de criminalidade verificado nas sociedades avançadas deve-se ao aumento das oportunidades criminosas decorrentes da interação cada vez mais necessária e rotineira entre os seres humanos. De acordo com Benson (2009, p.119), o aumento da taxa de delitos econômicos é motivado pela convergência de três fatores: delinquentes motivados, alvos apropriados e ausência de fiscais capacitados.

Na conjuntura dos crimes de colarinho branco, o comportamento individual não pode ser compreendido adequadamente de forma isolada, sem sua inserção no ambiente social em que tais comportamentos são praticados. A evitação delitiva deve ter seu foco voltado para o mecanismo de realização do delito e não para causas pontuais relativas à pessoa do delinquente.

Essa teoria chama a atenção para as vias de cometimento do delito em contextos grupais com o fim de propor medidas que diminuam as possibilidades de delinquir. Essa proposição ganha mais forma a partir dos anos 90 do século passado, no bojo do debate sobre quem deve suportar os ônus da proteção a interesses sociais envolvidos na atividade econômica.

O sistema capitalista atual acaba por produzir um ambiente perfeito para difusão de culturas corporativas viciadas, entrono ideal para cometimento de crimes econômicos motivados pela competitividade entre instituições de grande investimento e estruturas nas quais a obtenção de benefícios em curto prazo constitui demanda ligada à estabilidade institucional e, por conseguinte, à preservação dos respectivos postos de trabalho.

2.4.4 A teoria dos desvios cognitivos

A teoria dos desvios cognitivos (*cognitive biases*) se ampara na influência da cultura empresarial da instituição sobre indivíduos que, embora racionais, ocupam posições integradas na estrutura corporativa e, nessa condição, estão sujeitos ao poder das forças situacionais. É o mesmo que dizer que tais agentes nem sempre se comportam segundo sua exclusiva disposição interna.

Embora acostumadas a elegerem a forma de se comportar, sobretudo em ambientes conhecidos, as pessoas tendem a assumir novos padrões de conduta, o que se dá muitas vezes de maneira imperceptível.

A atuação individual no âmbito da empresa insere o agente na cultura e sistema de crenças compartilhados em sua conjuntura. Essa série de códigos grupais acaba, progressivamente, desconstruindo parcela da capacidade individual de percepção da realidade.

Assim, os efeitos da convivência grupal vão eliminando, paulatinamente, freios morais inibitórios e potenciais reações contrárias a ilegalidades, bem como gerando a perda progressiva do senso de responsabilidade. Para Silva Sánchez (2013, p.212), o pensamento grupal transmitido dessa maneira é o que chama-se de processo gradual de difusão de práticas ilegais, um conjunto de estratégias e etiquetas mentais que podem relativizar ou anular a percepção cognitiva individual.

No sistema jurídico baseado em *common law*, é comum a consideração da repercussão de desvios cognitivos na interpretação de probabilidades de configuração das categorias de ânimo delitivo.

O que se observa, no entanto, é que a responsabilização penal de empreendedores, empresários e administradores corporativos tem tornado o não alinhamento ao ordenamento jurídico uma opção cada vez mais prejudicial, seja sob a ótica da reputação corporativa, seja sob a ótica das consequências individuais.

Adverte-se sobre a necessidade de se buscar uma abordagem jurídica nova para a questão da conformidade jurídica, assim como o custo do incumprimento. Observa-se nas últimas décadas que empreendedores de alto perfil foram rotulados enquanto criminosos e, com o passar do tempo, a tendência é que isso se torne mais comum e o criminoso econômico seja visto pelo que realmente é tal qual um traficante de drogas ou um ladrão. Outra não é a realidade brasileira em vista das recentes operações em âmbito nacional que transformaram grandes nomes dos negócios e da política em meros ocupantes de uma cela quadrada.

Evidentemente, na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, não se postula a substituição da injusta imunidade penal que, historicamente, blindava o mundo dos negócios por modernos excessos punitivistas, em uma espécie de justificação vingativo. O que se pretende nesta pesquisa é alcançar uma possibilidade normativa e a interpretação de um Direito Penal mais racional e equilibrado.

No próximo capítulo, passa-se então à abordagem respectiva ao delito de lavagem de ativos na realidade brasileira e seu enquadramento na conjuntura das preocupações atuais do Direito Penal.

3 O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A criminalização da lavagem de ativos, como detalhado no capítulo anterior, é reflexo imediato do sistema penal internacionalizado em uma sociedade capitalista globalizada. Não se trata aqui de invenção tipicamente brasileira. É o caso de uma criminalização importada e justificada (supostamente) por necessidades supranacionais.

No âmbito de um Direito Penal Econômico que alarga suas fronteiras, especialmente a partir da década de 80, surgem os diplomas internacionais que reclamam esse tipo específico de intervenção penal, notadamente com recomendações (ou até imposições) de criminalização no âmbito de cada Estado soberano, por meio de suas legislações penais internas.

Não se olvide, também, que tais diplomas internacionais sobre a lavagem de capitais surgem no contexto da “guerra às drogas”, especificamente aos ganhos financeiros obtidos com este delito, considerado de grande repugnância pelo modelo proibicionista estadunidense. Constitui-se em tentativa suplementar de controle da crescente criminalidade organizada, em especial daquela dedicada ao tráfico de entorpecentes, visto que o combate direto mostrava-se insuficiente.

Albrechth (2001, p. 47-48) esclarece que essa política criminal internacional que buscava suprimir a circulação de ganhos ilícitos gerou profundas alterações no direito penal e processual penal, além de tentativas de unificação da legislação sobre lavagem de capitais.

Deve ser registrada a importância das Convenções de Viena, Palermo e Mérida, uma vez que adotadas e incorporadas ao sistema penal brasileiro. A primeira, ainda, além de estabelecer um mandado de criminalização ao direito interno dos Estados, tratava de definir o crime de lavagem de dinheiro.

Razões internas levaram as autoridades brasileiras a agilizar a produção de instrumentos normativos que permitissem um combate mais efetivo ao branqueamento de capitais. Diversos casos de corrupção associados à lavagem de dinheiro impactaram o mundo

político e jurídico no início dos anos 90, e confirmaram a tese de que a melhor forma de combater e reprimir tais delitos é o rastreamento do produto delitivo e seu bloqueio. De outro norte, também verificava-se a necessidade de atrair investimentos externos para o desenvolvimento da economia nacional, e isso exigia a criação de regras voltadas à solidez institucional e financeira do país. Em vista disso, após quase sete anos da ratificação da Convenção de Viena⁶, foi editada a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que além de tipificar os crimes de lavagem ou de ocultação de bens, direitos e valores, estabeleceu medidas de prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na lei, bem como criou o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão que tem por finalidade “disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas” (artigo 14. caput, da Lei n. 9613/1998), fiscalizando, portanto, as atividades financeiras que podem dar ensejo à lavagem de dinheiro.

3.1 Aspectos conceituais do delito

De acordo com Badaró e Bottini (2016, p.29), lavagem de dinheiro é o ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude. Em suma, trata-se de movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, iniciando-se na ocultação simples e terminando com a sua introdução no circuito financeiro ou comercial, com aspecto legítimo.

A expressão *money laundering* foi utilizada judicialmente pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1982, em caso que se postulava a perda de dinheiro procedente de tráfico de entorpecentes. Para Blanco Cordeiro (2012, p. 86), o termo era empregado originalmente pelas organizações mafiosas que usavam lavanderias automáticas para investir dinheiro e encobrir sua origem ilícita.

Para além de outros aspectos contraditórios acerca do tema, não há também uniformidade a respeito da terminologia da conduta. Alguns países mantêm-se fieis a locução “lavar” (Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha), outros preferem o “branqueamento” (Espanha, Portugal e Suíça) e até o termo “reciclar” aparece na Itália. O legislador brasileiro optou pela expressão “lavagem de dinheiro”, já amplamente difundida e popularizada.

6 O Brasil retificou a Convenção de Viena por meio do Decreto n. 156, de junho de 1991.

3.1.1 Características e fases da lavagem de dinheiro

O processo de lavagem de dinheiro possui natureza acessória, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal). Assim, o crime tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal.

Há, portanto, três fases – ao menos – dentro do processo completo de lavagem de dinheiro: **ocultação, dissimulação e integração** dos bens à economia formal. Nem sempre os contornos de cada uma dessas fases podem ser reconhecidos de forma precisa. É comum, na prática, a sobreposição entre as etapas do delito, e é complicado identificar onde uma fase termina e outra começa.

É relevante, ainda, identificar a lavagem de dinheiro como um processo dinâmico que tem por objetivo final a integração do capital à economia lícita. Não se trata de um simples ato de ocultação, de um mero esconder de bens de origem delitiva, mas de uma atividade voltada à simulação, a confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos.

Considerando-se a primeira fase da lavagem de capitais a ocultação, Callegari (2004, p.45) dispõe como o movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o original.

Como exemplos de ocultação, podem ser citados o depósito ou movimentação dos valores obtidos por meio ilícito em fragmentos, em pequenas quantias que não chamem a atenção das autoridades (*smurfing*); a utilização de empresas de fachada, onde dinheiro lícito mistura-se ao ilícito e a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira.

A próxima etapa é o mascaramento ou dissimulação do capital (*layering*), caracterizada pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que contribuem para afastar os valores de sua origem lícita. De modo geral, são efetuadas diversas operações em instituições financeiras ou não (mobiliárias, bancárias, etc.), localizadas em países distintos (muitos dos quais identificados como paraísos fiscais, as grandes lavanderias de dinheiro), que dificultam o rastreamento dos bens.

Exemplos desta segunda fase são o envio de dinheiro para o exterior já convertido em moeda estrangeira, o repasse dos valores convertidos em cheque de viagem ao portador com troca em outro país, as transferências eletrônicas não oficiais, dentre tantas outras.

Chegando ao final do ciclo, a integração se caracteriza pela introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude (CALLEGARI, 2004, p.55). Os ativos de origem criminosa são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou superfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes dos de mercado, dentre outros.

Na realidade brasileira, a legislação não exige que seja percorrido todo o ciclo para que exista a tipicidade da lavagem de dinheiro. Não se faz necessária a integração do capital sujo à economia lícita para a tipicidade penal. Para tal, basta somente a consumação da primeira etapa (a ocultação) a fim de existir a materialidade delitiva, incidindo sobre ela a mesma pena aplicável à dissimulação ou integração.

Por fim, há ainda a divergência que diz respeito ao elemento subjetivo do tipo. Admite-se na doutrina tanto o dolo direto quanto o dolo eventual para a tipificação da conduta. No Brasil, Oliveira (2014, p. 86-88) entende que o dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido na posição de garante em relação à inevitabilidade do resultado ou se sua conduta tem relevância no processo de lavagem de dinheiro. Vertentes opostas, representadas por Marco Antônio de Barros (2017, p.46) e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (2003, p. 136-137) admitem somente o dolo direto.

É certo que o tipo penal, ao contrário dos demais, não exige expressamente que o agente “saiba”, “tenha conhecimento” da origem delitiva dos bens ou valores e, sendo este o ponto de partida para a aplicação da teoria da “cegueira deliberada”, demais questões referentes ao tipo subjetivo serão analisadas adiante.

3.2 Previsão normativa do crime de lavagem de capitais

Estabelecidas as considerações iniciais, Barros (2017, p.74) afirma que a legislação básica do nosso País foi inspirada pelo chamado “princípio da justiça penal universal”. Essa dedução parte do princípio que o nosso ordenamento jurídico acolheu e ainda segue aplicando diretrizes básicas do direito penal econômico internacional, as quais foram estabelecidas em tratados e convenções firmados como uma estratégia de política criminal que superasse fronteiras.

Datam do início dos anos 90 os primeiros esforços legislativos internos tomados para inibir o uso do sistema financeiro como instrumento de reciclagem de dinheiro ilícito. Nesse âmbito, a Lei nº 8.383/1991 definiu que o gerente ou administrador de instituição financeira

ou assemelhada que concorrer para abertura de contas ou movimentação de recursos sob nome falso, de pessoa inexistente, ou de pessoa jurídica liquidada ou sem representação regular responderia por coautoria pelo crime de falsidade (art. 64). Contemporaneamente à Lei, o Banco Central do Brasil começou a expedir resoluções com o objetivo de obrigar as instituições bancárias a controlar mais ostensivamente as atividades de seus clientes.

A primeira proposta no sentido de tipificar os atos de lavagem de dinheiro aconteceu no final de 1996, por iniciativa do Ministério da Justiça, que apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.688/1997. A proposição foi aprovada no ano seguinte e publicada como Lei nº 9.613/1998, sendo até então o primeiro texto normativo brasileiro sobre o crime de reciclagem de capitais. Essa norma sofreu alterações em 2002 (Lei nº 10.467, que inseriu os crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira como antecedentes de lavagem de dinheiro), em 2003 (Lei nº 10.701/2002, que incluiu o financiamento do terrorismo como antecedente da lavagem de dinheiro, (dentre outras alterações pontuais) e em 2012 (Lei nº 12.683/2012), quando o rol de infrações antecedentes foi ampliado e outras mudanças importantes incorporadas.

Dessa última reforma, resulta a consideração de que a legislação nacional subiu degraus importantes na escalada mundial de combate à lavagem, atingindo o patamar da “terceira geração” de leis editadas (BARROS, 2017, p.75) com o fim de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem.

Isso quer dizer: no plano internacional, legislações consideradas de “primeira geração” são aquelas em que os países vinculam a lavagem de dinheiro tão somente à prática do tráfico de drogas. Na “segunda geração” encontram-se leis internas de países que estabeleceram rol fechado ou taxativo de crimes antecedentes. Por fim, na “terceira geração”, incluem-se os países que possuem leis admitindo que os crimes de lavagem atingem bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente, de infração penal, em um rol aberto de ilícitos antecedentes.

O conhecimento jurídico do tema “lavagem de dinheiro” não se limita a abordar exclusivamente preceitos de direito penal econômico. Em verdade, o conhecimento jurídico do tema abrange a análise de um conjunto de regras de procedimento, bem como o exame complementar de leis, decretos, regulamentos e portarias que dialogam com áreas específicas de diversos ramos do direito.

3.2.1 Relação entre infração anterior e prática da lavagem de dinheiro: exaurimento

De acordo com Machado, o crime de lavagem de capitais depende da existência de um crime antecedente e possui “uma natureza acessória, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal)” (MACHADO, 2012). Se o fato anterior não for típico, não existe o crime de lavagem de dinheiro. Além do mais, não é prescindível o nexo de causalidade entre o crime antecedente e a lavagem de seu produto, ou seja, a comprovação de que o bem ou valor era ilícito.

Em assim sendo, antes que ocorra a lavagem de dinheiro, sempre teremos um crime a ele relacionado: normalmente tráfico de drogas ou de armas. A lavagem de capitais vincula-se, de maneira intrínseca, ao prévio cometimento de infração penal. Na verdade, é dependente de já ter acontecido crime anterior.

Neste ponto, mister que se diferencie o exaurimento da infração anterior da prática de lavagem de capitais. O delito de lavagem de dinheiro demanda a prática de uma nova conduta delituosa de modo a ocultar/dissimular a origem daquele valor ou bem obtido em uma infração antecedente. Dessa maneira, se o agente gastar o dinheiro do crime anterior, não se configura a lavagem de dinheiro, se efetua a venda de drogas e compra um carro em seu nome, não há lavagem, pois não há ocultação ou dissimulação. No entanto, se houve a prática de uma nova conduta visando à ocultação de valores (comprar veículos em nome de “laranjas”, por exemplo), resta caracterizado o delito de lavagem.

Destaca-se ainda o apontamento de Fausto Martin de Sanctis (2015, p. 59), segundo o qual a evolução legislativa ocorre porque, em certo momento, entendeu-se que o foco da questão é a lavagem de dinheiro, não importando precisamente se proveniente da prática deste ou daquele delito. Por mais que o foco da questão seja a lavagem de dinheiro, é fundamental a análise do tratamento dado a prática do delito anterior, até porque é justamente a partir da exclusão do rol dos delitos antecedentes que a discussão acerca do elemento subjetivo no delito se acentua.

3.2.2 Crimes antecedentes na Lei nº 9.613/98: o rol taxativo

O artigo 1º da referida lei faz a descrição da conduta de “lavagem de dinheiro” e lista o rol taxativo de crimes antecedentes:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002).

Sobre o crime antecedente na Lei em tela, destaca André Luís Callegari (2003, p. 137):

A lei faz menção expressa aos delitos precedentes que podem dar origem ao delito de lavagem de dinheiro. O legislador brasileiro acolhe o sistema restrito, segundo o qual o delito prévio está expressamente previsto na lei, que dizer, o legislador decidiu, por razões de política criminal, incluir um grupo de delitos concretos como idôneos para gerar os bens objeto material do delito de lavagem, pois os delitos prévios que podem gerar o objeto material do delito de lavagem são somente os que vêm descritos na Lei, é dizer, mesmo que outros delitos sejam graves e possam gerar o objeto material para o delito de lavagem ficariam impunes em relação a esse delito.

O rol fechado e taxativo era alvo de críticas desde a entrada em vigência da Lei. Em 2005, magistrados federais sugeriram a retirada do rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro. Segundo eles, tal retirada possibilitaria a inclusão, como crimes antecedentes, dos delitos de menor potencial ofensivo (com pena não superior a dois anos) e também das contravenções penais. A posição defendida pelos juízes era justificada ainda pela afirmativa de que a adoção dessa medida poderia coibir a lavagem de dinheiro, evitando a prática desse crime a partir de delitos como o jogo de bicho, por exemplo.

Conforme apontou o titular da Delegacia de Crimes Financeiros da Polícia Federal em São Paulo, Ricardo Saadi, o problema é que a Lei nº 9.613/98 limitava os crimes antecedentes: “Hoje se uma pessoa cometer sonegação fiscal e tentar legalizar o dinheiro obtido, isso não é considerado lavagem de dinheiro” (Militão, 2013), afirmou o delegado.

Nesta esteira, como bem aponta Godinho Costa (2007, p. 37), a referida lei, ao pretender se apoiar em delitos supostamente de especial gravidade, esbarrou na ilogicidade do sistema, visto que, em face do princípio constitucional da reserva legal, não é possível considerar qualquer outro delito como antecedente da lavagem de dinheiro, senão somente

aqueles previamente descritos como tais, por mais gravosa ou socialmente repulsiva que seja a conduta e seus efeitos.

De maneira exemplificativa, há, por exemplo, a omissão ou dissimulação de produtos obtidos com homicídio praticado mediante pagamento ou recompensa (artigo 121, §1º, inciso I do Código Penal) que não é um pressuposto da lavagem de dinheiro. Tal situação também ocorre com o crime de sonegação fiscal, que não consta no rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro por importar no manejo de valores econômicos consideráveis, mas a lei não a inclui no referido rol, conforme consta no item 34 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

O disposto se mostra equivocado, de modo que é necessário que este tipo penal se inclua nas hipóteses de crime antecedente. A sonegação fiscal constitui um acréscimo patrimonial, a exemplo do empresário que utiliza notas frias para operar o seu caixa dois e tem um acréscimo ilícito e, no mais, é cediço que a economia informal movimentava valores muito elevados.

Recordam Marcia Bonfim e Edilson Bonfim (2005, pp. 60-61) que a presença de um rol taxativo de delitos prévios, além de dificultar a repressão da lavagem de dinheiro, compelirá o legislador a uma nova previsão tipificadora tendente a sanar a lacuna existente sempre que surgir um novo delito apto a ensejar lavagem. Em face disso e diante da volatilidade das ações que se operam no campo da lavagem de dinheiro, a lei sempre estará um passo atrás dos fatos.

Como demonstrado nessa breve passagem, o rol taxativo dificultava a repressão todas as condutas passíveis de lavagem de dinheiro. Ao fazer esta opção, o legislador brasileiro de 1998 acabou por suprimir algumas condutas que lesavam gravemente o bem jurídico mediato,

qual seja a ordem socioeconômica. Se o rol taxativo foi alvo de diversas críticas, veremos a seguir que também existem aspectos negativos na ampliação deste rol.

3.2.3 Crimes antecedentes na Lei nº 12.683/12: o rol aberto

A Lei nº 12.683/12 apresentou mudança expressiva ao alterar a Lei nº 9.613/98. A relação do rol de crimes antecedentes foi extinta, apresentando-se agora um rol aberto. Após a edição, assim ficou o Art. 1º da referida lei:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

A modificação, no entanto, não escapou das críticas. Vários novos apontamentos surgem a respeito do rol aberto de crimes antecedentes à lavagem. Acerca do tema, Heloisa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini (2012, p.02) fazem a seguinte colocação:

A abertura do antigo rol para quaisquer infrações ampliará acentuadamente o espaço de incidência do tipo. Nesse ponto, merece crítica parcial a alteração, posto que inclui as contravenções penais e as infrações de menor potencial ofensivo, cujas penas são menos severas justamente em razão da menor lesividade das condutas assim classificadas pelo legislador. Haverá situações de perplexidade nas quais o autor da contravenção antecedentes, como, por exemplo, aquele que promover jogo de azar, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (3 a 10 anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses a um ano e multa, art 50, LCP). Se a intenção era atingir o jogo do bicho, melhor seria ter transformado esta conduta em crime ao invés de sobrecarregar o sistema penal com um sem-número de condutas de pouca gravidade.

Vale ressaltar ainda que, além da eliminação do rol taxativo dos crimes antecedentes, substituiu-se o termo “crime” pelo termo “infração penal”. Isso proporciona a adição das contravenções penais ao tipo lavagem de dinheiro.

Percebe-se nesse ínterim um claro alinhamento do legislador de 2012 com as legislações de terceira geração e, mais especificamente, com as orientações da Convenção de

Estrasburgo, relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, e com a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, que em seu artigo 6º determina que “os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados”. Essa convenção sugere claramente a ampliação da tipificação dos atos de lavagem.

De maneira diversa à postura adotada pelo legislativo e apontando críticas às doutrinas estrangeiras, afirma Rodrigo Sanchez Rios (2012, p.03):

Em que pese tal busca de homogeneidade legislativa, sobretudo quando se depara com o alcance da criminalidade organizada com ramificações transnacionais, a receptividade a esta nova realidade sempre esteve acompanhada de um acentuado pensamento crítico doutrinário, seja no âmbito pátrio, seja na experiência comparativa. [...] Não é de se estranhar, portanto, que na doutrina estrangeira se considera “aberrante, desmesurada, radical e incompreensível” a ampliação do rol prévio dos crimes antecedentes. Caberia buscar adjetivos capazes de descrever a incongruência da sua total eliminação. Outrossim, denota, no mínimo, péssima técnica legislativa a incorporação da contravenção penal, que sequer reúne em seus contornos a dimensão do injusto pessoal, apta a avalizar os pressupostos de um fato punível.

Ainda sobre o tema, Celso Sanches Vilardi (2012, p. 17-18) prefere outra abordagem, alegando que a mudança é um retrocesso no Brasil:

Agora, o sistema brasileiro tem por objetivo punir qualquer lavagem de bem, direito ou valor provindo de infração penal. Uma lei como essa pode ser considerada moderna – ou de última geração – em alguns países da Europa. No Brasil, pesa dizer, é retrocesso: nosso Judiciário não está preparado para o número de processos novos; as polícias estaduais ainda não sabem investigar o crime de lavagem; e muitos operadores do Direito ainda confundem a ocultação da lavagem com o exaurimento do crime anterior, sem falar que, 14 anos após a edição da Lei 9.613, são poucos os casos que apuraram, de fato, a dissimulação e a reintrodução do bem, direito ou valor no sistema econômico com aparência de licitude.

Não é mistério a parca capacidade da Justiça em suportar novos processos. Agora, com a nova lei, pode-se discutir se ocorreu lavagem de dinheiro com qualquer delito no qual tenha ocorrido transação financeira, como roubo, furto ou jogo do bicho. O que, em tese, favorece a morosidade processual caso o Judiciário de fato não aguente esta demanda. Inclua-se o receio de que a interpretação de um rol aberto mude o foco das investigações de lavagem de dinheiro que, em vez de buscar os grandes agentes do crime organizado, passariam a se voltar cada vez mais para pequenos criminosos.

Diego Tebet (2012, pp. 18-19) também critica essa mudança legislativa:

A referida alteração legislativa nos parece excessiva. A inclusão de novas figuras típicas como crimes antecedentes (que serão denominadas “infrações penais antecedentes”), resultado da abolição do rol taxativo, é absolutamente desnecessária em razão de as figuras típicas existentes nos incisos do atual art. 1.º já atenderem a preservação do suposto bem jurídico tutelado pela Lei da Lavagem, por mais criticável que seja sua identificação. Além dos decantados vetores contemporâneos do crime de lavagem de dinheiro, a atual lei tutela, ainda que de forma indireta, a segurança nacional, a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, o patrimônio, isso sem falar na liberdade individual, a integridade física e a vida, saúde pública e a paz pública. [...] A configuração do rol dos delitos antecedentes foi precedida por reflexão do legislador. Na exposição de motivos da Lei 9.613/1998 houve o cuidado de se definir ilícitos, “de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores (...) crimes graves e com características transnacionais”. Naquela oportunidade, enunciou-se que sem a definição exaustiva de crimes antecedentes “o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação”.

Como se denota, ainda persiste as críticas doutrinárias à referida mudança legislativa. A última modificação legislativa ampliou acentuadamente a abrangência do tipo penal visando facilitar a persecução criminal e a diminuição dos efeitos socioeconômicos da lavagem de dinheiro.

3.2.4 O artigo 9º da Lei de Lavagem, instituto do *Compliance* incluído na Lei Anticorrupção e a imputação objetiva

Dispõe o art. 9º, em seu parágrafo único, da Lei de Lavagem de Capitais, que pessoas físicas e jurídicas estão sujeitas às obrigações da Lei, em caráter permanente eventual, que tenham como atividade principal ou acessória, relacionada a movimentação financeira. O objetivo com a responsabilização de tais pessoas físicas e jurídicas é justamente aumentar o controle sobre a circulação de capital, e ainda, diminuir a possibilidade de “cegueira diante dos fatos” daqueles que tem o condão de averiguar um eventual ato de lavagem de capitais no caso concreto, e deixam de fazê-lo. Desse modo, salienta-se que as pessoas acima mencionadas poderão ser responsabilizadas também pelo crime de lavagem de capitais na condição de garantes, possuindo o dever estipulado em Lei.

Ressalte-se que a própria Lei de Lavagem em seu art. 12 traz a possibilidade de responsabilização desses agentes garantes também na esfera administrativa. Neste cenário, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) divulgou por meio da Carta-Circular nº. 1, de 1º. de dezembro de 2014, os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas obrigatoriamente a colaborar no controle e combate à lavagem de

dinheiro, ou seja, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº. 9.613/1998.

Esse instrumento assentou o uso do sistema de *compliance*, que consiste na organização interna das instituições públicas e privadas para fins de adequação ao controle exigido pela Lei de Lavagem de ativos, obrigando as pessoas físicas e jurídicas a adotar políticas e procedimentos internos para atender aos requisitos da COAF. A orientação do COAF tenciona seguir o que preleciona a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (a Lei Anticorrupção) que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Por meio da aludida Lei, o Estado buscou obter um aliado no combate e prevenção dos crimes contra a administração pública, já que as pessoas jurídicas passaram a ter maior responsabilidade pelo combate à corrupção por meio de programas de *compliance*, sujeitando-se a uma série de atos com objetivo de resguardar o bem jurídico tutelado, e colocando a esfera privada com papel de destaque na prevenção de eventuais crimes, sendo que a não observância a esses postulados poderia ensejar a punição tendo em vista a prática de um ato comissivo por omissão.

Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 126), ao tratar do descumprimento dos deveres de comunicação, adverte sobre a possibilidade de tal conduta ser enquadrada no crime de lavagem de capitais na modalidade da conduta comissiva por omissão.

Ainda dentre as inovações trazidas pela Lei Anticorrupção, merece destaque a questão da responsabilidade objetiva atribuída à pessoa jurídica que poderá, conforme o art. 2º da mencionada Lei, ser punida independentemente da comprovação do dolo ou culpa por parte da companhia. Traçando um paralelo entre a Lei de Lavagem de capitais, a Lei Anticorrupção, as determinações do COAF e a responsabilidade objetiva observa-se que a personalidade jurídica responderá pelos atos praticados por seus funcionários e órgãos administrativos, diretivos e financeiros, quando verificada a abstenção de algum dos deveres anteriormente mencionados, independentemente de culpa ou dolo. É nesse ponto que a legislação anticorrupção se aproxima da teoria da imputação objetiva.

Damásio de Jesus (2002, p. 33), esclarece que a imputação objetiva se relaciona com o nexos normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico), de maneira que trata-se de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico. Assim sendo, para fins de imputação de um resultado e consequente tipificação, têm

relevância para o direito penal as condutas que criarem riscos não permitidos para o bem jurídico protegido.

O que se pretende ao correlacionar a responsabilidade objetiva, a Lei de Lavagem de capitais e a Lei Anticorrupção diz respeito ao grau de reprovabilidade e diferenciação de culpabilidade daquele caso em que o agente decide atuar deliberadamente contra o bem jurídico, o que não ocorre nos delitos imprudentes, já que a atitude interna que possui esse sujeito com relação aos elementos objetivos e subjetivos do tipo é diferente, bem como de que maneira deve ser punido o agente que apresenta em seus estados mentais a indiferença a esses elementos, e se coloca, propositadamente em uma situação de cegueira diante dos fatos.

A partir do estudo sobre o elemento subjetivo, bem como sobre as particularidades da legislação extravagante supramencionada, e também levando-se em conta o que leciona a teoria da imputação objetiva, observa-se uma aproximação entre o dolo eventual e a teoria da “cegueira deliberada”, diante da “objetivação” do dolo eventual, decorrente de um afastamento do elemento psíquico na conduta do agente, abrindo-se espaço para o estudo da violação ao risco permitido e consequente desvalor da ação para fins da punibilidade a título de dolo ou imprudência.

Sem perder de vista o objetivo final pretendido com o presente estudo, é necessário, portanto, que se faça o estudo sobre a possibilidade da imputação subjetiva no crime de lavagem.

3.3 Problemática da imputação subjetiva nos crimes de lavagem

Antes da alteração feita pela Lei nº 12.683/2012, a doutrina majoritária entendia pela impossibilidade de aplicar-se o dolo eventual ao ordenamento jurídico brasileiro, isso porque o dispositivo da época trazia a menção “que sabe ser” no texto legal, o que diminuía a possibilidade de uma interpretação abrangente sobre o pode-saber eventual da conduta em questão. Com a supressão dessas três palavras, passou a se discutir a possibilidade de punição por meio de dolo eventual e da teoria da “cegueira deliberada”.

Após análise da legislação, depreende-se que o delito tipificado no art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98 (com suas alterações) é composto por elementos objetivos e subjetivos, sem os quais a conduta analisada no caso concreto não configurará o crime de lavagem de dinheiro.

Os elementos objetivos são aqueles consistentes em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.

Em detrimento das inúmeras discussões suscitadas nos marcos legislativo brasileiro, este trabalho concentra-se no proceloso debate acerca da imputação subjetiva. É cediço que a ciência penal há séculos tem o elemento subjetivo como um dos institutos de estudo fundamental para a compreensão do fenômeno do delito.

De acordo com Sidow (2017, p. 21), a evolução das principais escolas penais continentais denota mudanças no eixo interpretativo do elemento, em um momento o inserindo na culpabilidade, em outro na tipicidade, e em certos momentos até dispensando-o.

Nota-se que a legislação vigente no Brasil tratou do elemento subjetivo da conduta (artigo 18, do CP), porém não estabeleceu algo em relação aos critérios de sua caracterização ou aferição no caso concreto. Todavia, a modalidade culposa da conduta somente é incriminada se prevista de maneira expressa, com base no artigo 18, parágrafo único do Código Penal.

Assim, como o legislador brasileiro não previu “textualmente” a lavagem culposa, o crime somente é punível quando cometido dolosamente. Em suma, para Badaró e Bottini (2016, p. 95), a fim de que uma conduta seja adequada ao crime de lavagem de dinheiro, além da constatação objetiva da ocultação ou da dissimulação, deve restar demonstrado também que o agente conhecia a procedência ilícita dos bens e agiu com consciência e vontade de mascaramento.

Nas palavras de Moro (2010, p. 70), nada se compara ao desafio de provar o elemento subjetivo, muito em decorrência da complexidade do delito. Então, levanta-se a questão: como é possível demonstrar que o agente sabia, tinha consciência e vontade de ocultar ou dissimular a origem ilícita de um bem, direito ou valor?

3.3.1 A dificuldade da prova do dolo nos crimes de lavagem de dinheiro

O finalismo⁷ elevou a importância do elemento subjetivo, criando um importante grau de desvalor da ação, dando a ideia de que uma ação finalmente causada seria o paradigma inicial de verificação de um delito.

Ainda que essa teoria não ofereça soluções para todas as indagações dogmáticas (em especial no que diz respeito aos crimes culposos, na seara da causalidade e na concepção da culpabilidade com base no livre arbítrio), seus postulados permitiriam a construção de um sólido aparato para a teoria do delito, com vigência até hoje.

Com isso em mente, a tipicidade da lavagem de dinheiro, conforme citado alhures, é composta por elementos objetivos e subjetivos. O elemento subjetivo nuclear do crime em questão, no Brasil, limita-se ao dolo. Ao contrário de outros países como Chile e Bélgica, por exemplo, o tipo penal não existe em sua forma culposa (consciente ou inconsciente). Somente o comportamento doloso é objeto de repreensão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e vontade de agir naquele sentido. Logo, não basta a constatação objetiva de ocultação ou dissimulação. É necessário demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los.

A exigência da constatação do dolo nos delitos de lavagem de ativos, além de conferir lógica e sistematicidade à teoria do delito, constitui uma garantia importante de imputação subjetiva, afastando-se qualquer hipótese de responsabilidade objetiva na seara penal. Por mais que um agente tenha atribuições sobre determinada esfera de organização, somente será responsável pelos crimes de lavagem de capitais cometidos nesta seara se for demonstrada algum tipo de relação psíquica sobre aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com sua realização.

É por este motivo que o dolo se prova, não se presume. Não há outra maneira de demonstrar o dolo a não ser por meios objetivos, como provas testemunhais, gravações telefônicas, documentos apreendidos, dentre outros (PRADO, 2002, p. 216). Admitir, no entanto, a comprovação do dolo a partir de circunstâncias objetivas não significa afastar seu caráter subjetivo. Os elementos de prova são somente um meio para demonstrar a existência de uma relação psicológica do agente com a realidade delitiva. Vale aqui lembrar que a

7 O finalismo, ou teoria final da ação, desenvolvida por Welzel, consiste em determinar a ação como uma conduta final. Ou seja, o homem ao praticar uma ação, consegue prever, de certa forma, suas consequências devido o seu saber causal. Sendo isto, o que distingue as atividades humanas de um fenômeno natural. Assim, diferente do causalismo, o dolo e culpa, passam a ser analisados na tipificação do crime, pois, na teoria anterior não era possível analisar e distinguir crimes como tentativa de homicídio e lesão corporal, por exemplo, em que a causa é a mesma, no entanto, o crime só pode ser definido através da intenção do autor (dolo). (QUEIROZ, 2008).

doutrina especializada concorda que não há outro meio de demonstrar o dolo a não ser por meios objetivos (MORO, 2010, p. 71).

Pode ser afirmado que essa linha psicológica do agente com o delito seria aquela a partir do qual apenas se poderia atribuir responsabilidade por questões internas se ficarem comprovada por meios científicos, por liberalidade do indivíduo, ou por análises sistemáticas da situação analisada.

Suscita-se outro questionamento nesse cenário: é possível atribuir um sentido normativo em especial ao conhecimento?

Ainda que o conhecimento seja algo íntimo, privado e variável para cada pessoa ou cultura; ainda que seja de alta complexidade a demonstração de que alguém conhece algo, é possível aferir-se que o chamado “homem médio” é capaz de saber que fogueiras queimam, que um carro com mau funcionamento nos freios está sujeito a acidentes, deixar de fazer seus exames de rotina é um risco assumido, etc.

Nas palavras de Caro John (2005, p. 423), o foro interno individual mostra-se um ambiente sagrado e inatingível, inexistindo com isso um dever de conhecimento. E mesmo que houvesse um dever nesse sentido, seria impossível o dimensionamento da culpa. De certo modo, não é excessivo imaginar que o dolo se forma na mente do juiz e não na do autor.

É por isso que a imputação subjetiva deve ser entendida como a atribuição de um nível de culpabilidade, fundamental para o atendimento do *brocardo nullum crimen sine culpa* (SIDOW, 2017, p. 234). Trata-se de ferramenta de inferência de espécie da culpa ao agente do crime, a partir de critérios razoavelmente prefixados de interpretação de condutas aliada à coleção de elementos de materialidade.

Não deve ser entendido aqui que o elemento subjetivo deve ser prescindido, mas tão somente a restrição da análise do tipo e suas questões subjetivas pela dificuldade manifesta em demonstrá-lo.

No entendimento de Ragués i Vallès (1999, p; 24-25), o Tribunal Supremo Espanhol defende a teoria da vontade justificadora do dolo para dirimir esse tormento. O elemento cognitivo ficaria justificado pela elevada suspeita de uma ação ilícita e o elemento volitivo, na existência de um dolo eventual, pela justificativa de que o autor assume e aceita a origem ilícita de seu ato. Conforme se verá adiante, a figura do dolo eventual também é aventada nos julgados brasileiros, especialmente no que diz respeito ao delito de lavagem de capitais.

3.3.2 Admissibilidade do dolo eventual

De acordo com o que prevê o artigo 20, do CP, o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Assim, a ausência do elemento cognitivo do dolo caracterizaria o erro de tipo. A problemática do erro nos crimes de lavagem de capitais é um pouco mais complexa diante da existência de elemento normativo especial nos tipos penais da Lei nº 9.613/98, quais sejam as infrações penais antecedentes.

Está prevista no artigo 18, I, do CP brasileiro a figura do dolo eventual. Apresenta um crime considerado como doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Assim, a norma englobou na mesma figura todas as categorias de dolo, seja o direto, indireto ou o eventual.

Analisando-se o prisma sistemático observa-se que o legislador prevê textualmente a admissão do dolo eventual pela expressão “deve saber”. Não se aplica a todos os tipos penais com dolo eventual, mas somente às hipóteses normativas em que o comportamento típico pressupõe a ciência de fato/estado/circunstância anterior.

Sobre o tipo penal “lavagem de dinheiro”, previsto no caput do art. 1º da Lei de Lavagem, há também menção ao fato anterior (a existência de infração penal antecedente) mas sem indicar a expressão “dever saber”, como há em demais tipos penais. Ao mesmo tempo em que não se afasta o dolo eventual, também é forçoso reconhecer a posição de autores como Badaró e Bottini (2016, p.142) ao afirmarem que a linha que separa a dúvida fundada do risco permitido não é suficientemente clara para conferir segurança àqueles que operam recursos alheios, como bancos.

Qualquer modalidade de dolo engloba a figura da criação de riscos juridicamente não toleráveis ao bem jurídico tutelado. O que diferencia um de outro é que no dolo direto essa criação é consciente e há a vontade de se obter o resultado final. O agente cria o risco dirigido para o resultado.

Por sua vez, no dolo eventual, a criação de risco é consciente, porém não se pode dizer que o agente busque o resultado final. O resultado, na verdade, é indiferente ao autor, que mais se importa em dar prosseguimento com sua conduta do que ponderar a probabilidade de violação de bens jurídicos. O risco é criado, em suma, pelo próprio risco.

Importa salientar que embora dolo direto e eventual constem no mesmo dispositivo legal e possuam o mesmo tratamento para fins de pena, são figuras bastante distintas, em especial considerando-se a teoria do dolo adotada.

Também não deve ser confundida a culpa consciente com a figura do dolo eventual. A diferença reside pontualmente no elemento psicológico do indivíduo (mais uma vez de difícil demonstração), denominado sinceridade na consideração do risco. No caso do dolo eventual o agente conhece os riscos e resultados possíveis da ação e escolhe por não alterar a conduta por não se importar com a consequência de seu ato.

Na culpa consciente, há prognóstico de resultado negativo possível e compreensão de geração de risco, mas há a crença de que tudo está sob controle do agente, que se sente capaz de evitar qualquer resultado danoso e verdadeiramente não aceita como provável qualquer desenrolar prejudicial.

O que se tem no campo do dolo eventual é, portanto, uma posição intermediária por não se tratar de negligência, imperícia ou imprudência. Não é um dever de cuidado violado por erro de diligência. O conduzir por si só é consciente de todos os riscos atinente e a vontade de atingimento de resultado é inferível pelo nível de risco aceitado.

Essa discussão levanta um dos principais questionamentos deste trabalho: Na situação em que o agente sequer suspeita da existência de elementos do tipo (ou até suspeita, sem segurança), estará ele sempre sujeito à regra do artigo 20, do CP em suas vertentes de vencibilidade e invencibilidade? O que ocorre se o agente se coloca ou é colocado propositadamente em situação de ignorância?

O Brasil possui apenas duas figuras do tipo subjetivo, quais sejam dolo e culpa. Países como EUA e Alemanha conceberam uma figura intermediária que se aproxima do “agir irresponsavelmente”. Greco (2004, p. 237), as traduz como sendo uma atitude sem bom senso. Nesse sentido, poderia um “não investigar” egoisticamente construir a ponte entre o agente e o resultado? Poderia essa ponte, além disso, ser a do dolo com suas consequências?

É na tentativa de responder essas questões internas ao campo do elemento subjetivo da lavagem de dinheiro que surge um instituto desenvolvido por países de *common law* conhecido por “cegueira deliberada” (*willfull blindness*), pelo qual se reconhece o dolo não somente nas hipóteses de dolo direto ou eventual, mas também em casos situados numa espécie de “limbo” do dolo eventual em que o agente cria barreiras para evitar ter ciência de qualquer característica suspeita sobre a origem dos bens, tema do próximo capítulo. De todo modo, o pressuposto fundamental para a aceitação dessa teoria é que exista a possibilidade de punição do delito a título de dolo eventual.

Perante a falta de regulamentação da doutrina e da legislação, observa-se que têm se estabelecido requisitos e limites, buscando a aproximação de um conceito universal que

permita delinear as hipóteses concretas de introdução da doutrina da evitação de consciência no direito penal, conforme se discutirá a seguir.

4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL

A teoria da “cegueira deliberada”, apesar de antiga, é um tema novo na realidade brasileira. Constata-se a procura crescente pelos operadores do direito por conta do impacto que pode gerar em estudos acadêmicos, processos e investigações.

Despertou curiosidade a partir da sua aplicação expressa a partir da AP 470 (caso “Mensalão”), e desde então vem sendo aplicada com maior constância, apesar de não existirem estudos aprofundados no tema no cenário nacional.

Em suma, trata-se de teoria que busca alargar o rol de situações em que se compreende por dolosa a atitude de um indivíduo, acrescentando a provocação de desconhecimento como grave fator subjetivo.

Ressalte-se que a teoria é pouco conhecida, pouco difundida e possui raros seguidores, além de não ser homogeneamente aplicada no Direito Penal Brasileiro, sendo raríssimos e pontuais os casos em que um magistrado se utiliza (não raro inadequadamente) da construção. Perante esse cenário, questionamentos diversos são suscitados, muito em decorrência da falta de uniformidade na aplicação dessa construção doutrinária. Este capítulo tem por objetivo, portanto, analisar a figura da “cegueira deliberada”, para tecer considerações que importem sua aplicação ao crime de lavagem de dinheiro previsto na Lei nº 9.683/98.

Uma última ressalva deve ser feita: teorias criadas e desenvolvidas no direito estrangeiro não podem e não devem ser adotadas pelo direito pátrio de modo simplista e mimético para fins punitivistas ou de eficientismo. Devem sempre ser observadas com viés crítico as diferenças de realidade, de bases filosóficas e estruturais de ordenamentos para verificação de compatibilidade e adaptação sob o risco de violar garantias conquistadas.

4.1 A teoria da “cegueira deliberada”: Evolução e justificativas dogmáticas

Neste item se buscará relatar, sem qualquer pretensão de esgotar o tema e de maneira breve, a origem histórica da teoria da cegueira deliberada e os fundamentos que a justificam. Será apresentada, ainda, a trajetória do instituto ao longo do tempo, tanto no sistema da *common law* quanto no da *civil law*, mais especificamente nos países em que a teoria teve mais destaque, quais sejam Estados Unidos e Espanha.

Também conhecida como evitação de consciência, *wilfull blindness*, *conscious avoidance*, *ostrich instructions* (EUA) e *ignorancia deliberada* (Espanha), a doutrina fundamenta-se na responsabilização do agente que, podendo aprofundar-se no conhecimento acerca de alguns fatos, prefere manter-se cego (daí a nomenclatura) diante daquilo que pode prejudicá-lo, normalmente antevendo algum lucro pessoal ou financeiro com isso. Afirmam Cavalli (2008) que a “cegueira deliberada” tem como fundamento o fato de o agente “fechar” os olhos deliberadamente em face de alguma conduta visivelmente criminosa.

Em suma, a teoria identifica duas situações de fato (SIDOW, 2017, p. 203): a da ignorância deliberada, em que o sujeito que pratica a conduta principal o faz sem ter certeza de um elemento de sua conduta que pode integrar o tipo objetivo, mas mesmo assim prossegue nela; e o da cegueira deliberada em sentido estrito, em que um sujeito se põe em posição de ignorância anteriormente ao cometimento da conduta principal, num exercício prognóstico, para não se envolver com eventuais ilicitudes.

Para condenação por meio de seus fundamentos, adota-se a premissa de que quem conhece o fato não tem grau de culpabilidade menor do que quem podendo e devendo conhecer, prefere não fazê-lo (BECK, 2011, p.63). Dessa maneira, pune-se de igual forma aquele que tem pleno conhecimento do fato e o sujeito que se coloca em situação de desconhecimento. Para Francis Beck (2011, p. 48), há uma duvidosa inversão na ordem de importância daquilo que é valorado, uma vez que é priorizado o que o sujeito não sabe, ou

seja, conhecimentos potencialmente alcançáveis, ao invés daquilo que o autor tem conhecimento.

De acordo com Badaró e Bottini (2016, p.90), a cegueira deliberada reside onde o agente sabe ser possível a prática de ilícitos no âmbito da atuação e cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação dos fatos. Um bom exemplo são os doleiros, que recebem pagamento em dinheiro oriundo normalmente de práticas criminosas, mas optam por não tomar conhecimento da origem desses valores.

Em assim sendo, o agente será responsabilizado por aquilo que evitou conhecer, seja por meio de ações ou omissões. É o caso do agente que se mantém inerte frente às circunstâncias do fato, e neste momento configura-se o dolo eventual. Já o dolo direto não é flexível, em que faz-se necessária plena consciência dos atos praticados para caracterizar a “vontade realizadora do tipo objetivo”.

Como já detalhado anteriormente, essa construção doutrinária só é possível caso seja cabível a responsabilização penal a título de dolo eventual. Isso não é o equivalente a dizer que a “cegueira deliberada” equivale ao dolo eventual apesar da linha tênue que os separa, mas sim que é por meio da previsão normativa desse instituto que surge uma possibilidade para condenação baseada na doutrina da evitação de consciência. Neste sentido, necessária a adequação a cada ordenamento jurídico, para que se observe a adoção de punição por meio do dolo eventual.

Para efeito deste estudo, entender-se-á, em suma, por cegueira deliberada o grupo de casos em que o sujeito atua ignorando dados penalmente relevantes, ignorância esta fruto de uma opção consciente feita pelo agente. São os casos em que há uma decisão por parte do sujeito de ignorar informações que poderia obter, de maneira que o agente persiste atuando a despeito do risco de um resultado ilícito vir a se realizar.

A discussão acerca dessa doutrina é recorrente no direito comparado, em especial nos Estados Unidos e na Espanha. Em especial no Direito espanhol há bastante divergência sobre o tema, ainda que o entendimento predominante seja no sentido da doutrina revelar uma nova forma de imputação subjetiva, vinculando-se ao dolo eventual unicamente para efeitos punitivos, conforme se verá adiante.

4.1.1 Teoria da “cegueira deliberada” surge no sistema de *common law*: desenvolvimento da teoria nos EUA

A doutrina da “cegueira deliberada” tem como mais conhecido precedente o caso *Regina vs. Sleep*⁸, ocorrido na Inglaterra em 1861. De acordo com Ragués i Vallès (2007, p.65), a partir desse ponto assentou-se no direito inglês a equiparação entre a “cegueira deliberada” e o conhecimento do fato para fins de responsabilidade penal. Pouco tempo depois, a doutrina desembarcaria nos EUA, onde sua aplicação efetiva se inicia em 1889. Nesse país, a teoria assume destaque ao ser reiteradamente aplicada primeiramente aos casos de falência (ROBBINS, 1990, p. 198-199), expandindo-se ao campo do narcotráfico e da lavagem de dinheiro por volta de 1970.

A teoria da “cegueira deliberada” alastrou seu âmbito e tem sido utilizada nos EUA, em diversos cenários criminais, inclusive no ambiental⁹.

Destarte, não se verifica uniformidade de opiniões no Direito norte-americano ao se falar em *wilfull blindness*, muito em função da confusão proporcionada pelo próprio sistema de *common law*. Adicione-se, ainda, a obscuridade dos precedentes concernentes ao tema que vão surgindo com o passar dos anos, até o ponto em que os doutrinadores não encontram outra solução para a complexa situação criada senão apelar ao legislador.

Na realidade de *common law* estadunidense, pode ser apontado como marco relevante o *Model Penal Code*, proposto em 1962 pelo *American Law Institute* como modelo de legislação penal. Embora não se trate de lei penal diretamente aplicável, há autêntico valor normativo, uma vez que seus preceitos são utilizados como maneira de interpretar o Direito nos tribunais, inclusive na Suprema Corte.

Nos artigos dedicados à imputação subjetiva do Código, não se encontra menção expressa à *wilfull blindness*. No entanto, parte relevante da doutrina¹⁰ defende que a teoria está abarcada na seção intitulada “o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento”, ao estabelecer que quando o conhecimento de um fato é exigido pelo tipo,

8 Neste caso se revisava a condenação de um sujeito acusado de gestão ruinosa, infração esta que requer o conhecimento por parte do autor de que se trata de bens de titularidade estatal. Sleep entregou para que fosse embarcado em um navio um barril que continha parafusos de cobre, alguns dos quais marcados com um sinal em forma de flecha que indicava que eram de propriedade estatal. Condenado em primeiro grau, recorreu alegando não ter consciência de que se tratava de bem estatal, e o juiz decidiu revogar sua condenação já que o Júri não considerou que o agente sabia que os bens estavam marcados, nem que se abstivera intencionalmente de obter este conhecimento. A partir deste entendimento pode-se concluir que, caso restasse comprovada a intenção do indivíduo de abster-se, mereceria ele uma resposta punitiva semelhante à dada em caso de conhecimento certo. (ROBBINS, 1990, p. 196)

9 O leading case no assunto, segundo Ragués i Vallès, é o caso *United States v. Mac Donald & Watson Waste Oil Co*

10 Husak e Callender. HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, p. 36. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 72.

considera-se que há o conhecimento caso o sujeito tenha consciência da alta probabilidade da concorrência do fato.

Em decorrência clara da limitação do raio de ação da teoria pelo que se chama de “representação da alta probabilidade”, a aplicação da *wilfull blindness* nos tribunais norte-americanos ocorre de maneira pouco uniforme e unânime.

Ademais, atenta-se para o fato de que o princípio da legalidade impediria a importação da equiparação entre cegueira deliberada e conhecimento pelo Direito vigente nos Estados Unidos hoje, e somente uma reforma legal permitiria que se dispensasse tratamento semelhante a ambos os casos (HUSAK E CALLENDER, 1994, p.36). Esta ofensa ao princípio da culpabilidade estaria sobremaneira ligada à política criminal de combate às drogas naquele país.

4.1.2 A importância da idéia da “cegueira deliberada” ao *civil law*: o modelo espanhol

Na Espanha, a *ignorancia deliberada* inicialmente foi aceita da mesma maneira que nos países de *common law*, nos casos de tráfico de drogas, crimes econômicos e contra a saúde. A partir dos anos 2000 foi acolhida pelo *Tribunal Supremo Español*, expandindo-a para demais delitos e consolidando sua aplicação na *Sala Segunda*, de onde se originaram a maioria dos precedentes. Ragués i Vallès (2007, p.66) refere que a *ignorancia deliberada* alcançou autonomia a ponto de ser um novo tipo de imputação subjetiva, relacionando-se ao dolo eventual para fins punitivos.

A *Sala Segunda* implantou a doutrina equiparando-a ao dolo eventual, por vezes admitindo-a também a título de imprudência. Em suma, a *Sala* tem entendido que quem podendo e devendo conhecer a natureza de determinados atos e mantém-se em posição de não querer saber para evitar eventuais consequências, está deliberadamente fechando os olhos para aquela situação e, portanto, aceitando seus efeitos: *Quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que se puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio em que voluntariamente participa.*¹¹

Assim, as decisões têm seguido tal entendimento, aplicando penas equivalentes à condutas dolosas àqueles que agiram com desconhecimento provocado. Sobre a lavagem de capitais, em especial, destaca-se a STS de 19 de janeiro de 2005, que, com base nas

11 “Quem se coloca em situação de cegueira deliberada, sem querer saber aquilo que pode e deve saber, está assumindo e aceitando as consequências do negócio ilícito do qual voluntariamente participa. (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 67 – tradução do autor)

jurisprudências sobre *ignorancia deliberada* informa que não se exige o dolo direto, bastando o dolo eventual para a condenação. Ou seja, colocar-se em colocação de desconhecimento voluntário é suficiente para a responsabilização por lavagem de dinheiro conforme os julgados espanhóis.

Ainda que a aplicação venha se alastrando, não está isenta de críticas. A doutrina especializada aponta primeiramente que o tema não está vigente nas principais discussões acadêmicas, vez que o dolo eventual cumpre satisfatoriamente a maioria dos casos nos quais se renunciou voluntariamente a conhecer os aspectos penalmente relevantes de determinada conduta. A falta de uniformidade e real necessidade de utilização no ordenamento espanhol também são apontadas por Ragués i Vallès (2007, p. 67).

Podem ser trazidas à tona críticas a respeito das contradições e da frequente ausência de provas da real intenção do agente manter-se cego diante das circunstâncias, de maneira que a teoria torna-se um mecanismo de inibir a necessidade de motivação do juiz em relação à prova.

Supõe-se que a alta probabilidade, a que se referiu anteriormente como requisito da *ignorancia deliberada*, se faça suficiente, tomando o lugar da efetiva prova de que o sujeito agiu deliberadamente, como se ela estivesse implícita na sua conduta. Nesse contexto, a fundamentação que se espera é no sentido de demonstrar de que maneira restou clara a opção do sujeito por desconhecer deliberadamente os fatos. Novamente, mister se faz que as críticas sejam analisadas de acordo com o ordenamento jurídico em que será por ventura aplicada.

Feitas essas considerações iniciais que demonstram o desenvolvimento e como o instituto ganhou corpo no direito comparado, é relevante verificar os modos dogmáticos pelos quais a doutrina especializada justifica a aplicação da teoria, de maneira que se possa verificar e analisar os casos julgados pelos tribunais brasileiros.

4.1.3 Dever de cuidado como justificativa dogmática do instituto

Há quem entenda que o caso da “cegueira deliberada” deveria ser compreendida como culpa grave/imprudência grave, há quem entenda que deve ser interpretada como culpa em sua vertente negligência e os que consideram o dolo eventual uma resposta adequada, bem como há a positivação no sentido de que se trata de dolo comum.

No que diz respeito ao modo pelo qual a Espanha identifica e aplica o instituto, a leitura da obra de Ragués i Vallès demonstra que os principais julgados da Suprema Corte utilizam-se do dever de cuidado como justificativa de fundo nas situações de *ignorancia*.

A violação do dever de cuidado então pode ser traduzida como justificativa quando houver o surgimento desse dever ou sua identificação em um caso concreto, com execução em andamento. Para Sidow (2017, p. 35), a situação de criação de dever de cuidado em situação que em muito antecede o resultado reprovável dá ao instituto contornos de punição em abstrato, que deve ser repudiado.

Como exemplo dessa situação, pode ser trazida à tona a situação do indivíduo que suspeita de que sua conduta ou algum elemento dela podem possuir caráter juridicamente reprovável, porém não investiga e segue com a execução. A ação de não investigar seria uma violação do dever de cuidado.

A reprovabilidade desse comportamento reside em um não agir, devendo ter agido na situação colocada. Na *ignorancia deliberada* é inerente a manutenção do agente em posição de desconhecer proposital durante a fase executória.

Para essa doutrina, e considerando a vida em sociedade, um “homem médio” deveria constantemente buscar informar-se acerca de situações com as quais está envolvido. A violação desse dever de se informar, para parte da doutrina da cegueira deliberada, deve criar a imputação das condições de querer e aceitar todos os elementos que compõem o tipo.

Bitencourt (2013, p.66) afirma que o dever objetivo de cuidado trata do reconhecimento do perigo para o bem jurídico tutelado e a preocupação com as possíveis consequências que uma conduta descuidada pode gerar.

São duas situações abarcadas pelo Direito Penal Brasileiro em que os deveres de cuidado servem para responsabilização penal nesse contexto: em delitos omissivos e culpa por negligência.

Tocante ao primeiro caso, encontra-se no artigo 13 do CP Brasileiro o seguinte: “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

As omissões separam-se em própria – quando o agente tem dever de agir imposto normativamente e não o faz – e a denominada omissão imprópria – em que o dever de agir é no sentido de evitar resultados.

O ponto central é, portanto, a inexistência de uma participação na causação da ação, o não impedimento do resultado, que advém de uma imposição do ordenamento jurídico. A não investigação de uma suspeita revela que uma omissão é peça chave para a consecução do

resultado nos casos de cegueira deliberada. Ao se avaliar se alguém possuía uma suspeita, podia e devia agir, despertam-se conceitos relacionados com deveres de cuidado. A segunda vertente do dever de cuidado é a negligência.

Bitencourt (2013, p. 118) apresenta que o núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

A negligência destaca-se pelo não investigar profundamente a dúvida/suspeita a respeito do elemento do tipo e a imprudência, no agir sem o dever de cuidado. A reprovação da negligência parte do não agir frente a uma suspeita.

Sublinha Sidow (2017, p.119) que quando alguém está ciente de que a conduta que se está prestes a praticar poderia impor risco substancial e injustificável a outros, cria-se o dever de investigar utilizando-se de meios razoáveis se esses riscos pudessem realmente se materializar.

Contudo, a posição de avaliar individualmente algo subjetivo como isso é criticável, posto que é na culpabilidade que essas incumbências se dão, além de abrir muitas margens para arbitrariedades e viola o garantismo, restando necessários critérios claros para orientação de condutas.

4.1.4 A alta probabilidade como justificativa dogmática do instituto

Ainda que muitos julgados apontem o dever de cuidado como justificativa analítica para o instituto da *ignorancia deliberada*, o surgimento do paradigma positivo de aplicação do *Model Penal Code* deu novos rumos à teoria.

Foi o Código que fez com que os Estados adotassem a norma como padrão e aceitando gradativamente a proposta da teoria. A aplicação do códex pela Suprema Corte dos EUA em 1969 disseminou a adoção e aplicação das propostas.

Trata-se de justificativa com uma forma de interpretação mais ampla que a do dever de cuidado. A doutrina anglo-saxã coloca como sendo a principal característica da *ignorancia deliberada* a situação em que alguém verifica a alta probabilidade da existência de um elemento do tipo em sua conduta. Não importa muito aqui o dever de investigação em si.

Nos termos do Código, um indivíduo agiria com dolo sempre que tiver a intenção de obter o resultado, sempre que agir conhecendo os riscos prováveis do resultado, sempre que

agir conhecendo a existência do tipo penal, e agiria com dolo sempre que conhecer a alta probabilidade de que suas ações incidam em elementos de um tipo penal.

Portanto, age em situação de ignorância deliberada quem, diante de fatos presentes, identifica a alta probabilidade de que os elementos que circundam sua atividade poderiam ser componentes de um tipo penal, mas não contém seu agir.

É o clássico caso em que um cidadão é procurado por um desconhecido que lhe oferece uma boa quantidade de dinheiro para que efetue uma tarefa simples como o transporte de um volume. Apesar de identificar uma grande probabilidade de que o volume contenha algo ilícito, aceita o valor e faz o transporte.

Agiria também em cegueira deliberada aquele que estuda sua própria conduta, faz prognóstico de acontecimentos futuros relacionados com ela, identifica grande probabilidade de ocorrerem fatos que representem uma conduta ilícita, mas cria métodos de não identificar tais ações futuras para não ser responsabilizado criminalmente.

Como exemplo, um serviço de hospedagem de sites que ao receber denúncias de pornografia infantil redireciona automaticamente esse e-mail para uma delegacia de polícia ou o apaga, sem tomar qualquer providência. Há alta probabilidade de que as mensagens redirecionadas não gerem qualquer investigação e, dessa maneira, o provedor mantém sua estratégia de evitar ter que tomar atitudes contra os usuários.

A reprovabilidade dessa conduta residirá especialmente em um agir, apesar de identificada a alta probabilidade de resultado juridicamente proibido e, portanto, não se ter deixado agir quando possível. Uma reprovação pela continuação da ação.

Essa justificativa do instituto afasta-se de alguma maneira do dever de cuidado. Conforme apontado anteriormente, naquele dogma o agente é condenado porque agiu em desacordo com um dever de cuidado, enquanto neste ele é reprovado por ter agido quando se esperava, no caso, que ele tivesse omitido uma conduta.

A violação ao dever de cuidado reprime um agir fora de padrões sociais adequados (legais ou normativos), e a violação à alta probabilidade reprime um agir numa situação que se esperaria que uma pessoa “média” não tivesse agido daquela forma.

Sem embargo, a ausência de conhecimento acerca da alta probabilidade de existência de um elemento do tipo pode se dar por um fazer ou por um deixar de fazer. Pode-se criar um método para não saber, pode-se fechar os olhos propositadamente para uma informação ou ainda pode-se simplesmente não investigar a informação. Seriam todas formas de ação deliberada frente a uma alta probabilidade?

Novamente entra em questão o cenário de deixar nas mãos do magistrado um parâmetro com bom espaço para arbitrariedades, permitindo que o julgador pinte um cenário mais ou menos propenso a uma condenação conforme conveniências político-criminais.

Não obstante o fato de que isso poderia criar uma veste indesejável de “Direito Penal do autor”, somente por meio do ângulo da alta probabilidade se pode buscar punir a situação da cegueira deliberada propriamente dita. Isso porque na lógica dos deveres de cuidado fica irreal a punição de um agente por uma estratégia de evitação de conhecimentos futuros por ausência de resultado, o que é possível no âmbito da alta probabilidade.

Para que o delito configure-se como “cegueira deliberada” propriamente dita, o agente deve iniciar o delito e um segundo agente deve intervir necessariamente para sua consecução. Para além, é necessário que o resultado reprovável se configure. É fundamental, portanto, que as circunstâncias sejam desmascaradas detalhadamente.

Não adianta a alegação de ignorância deliberada por parte de um agente que transportava narcóticos sem a delação de outro componente do esquema a partir da demonstração de verossimilhança da história de ter recebido a mala de um terceiro. A falha nessa demonstração entrega imediata e totalmente a responsabilidade para o transportador. Dessa maneira, a “não busca” pelo esclarecimento da suspeita pode se dar por uma ação ou omissão, mas é imprescindível que a alegação de alta probabilidade esteja inserida num contexto verossímil, sob pena de o debate não sair da esfera do dolo eventual.

4.1.5 A alternativa do dolo normativo

Uma terceira via justificadora da teoria se formou em decorrência de serem escassas as doutrinas que tratam do tema, e as que existem estão restritas ao debate entre as duas alternativas apresentadas anteriormente. A ideia aqui formulada por autores como Jakobs e Puppe parece abarcar melhor a problemática que concerne o conhecimento do agente.

Puppe (2004, p.9) apresentou o entendimento que dolo e culpa em sentido estrito eram conceitos opostos e que se excluíam reciprocamente. Nesse sentido, a eliminação da negação das elementares conceituais específicas do dolo e do conceito de culpa faria com que se atingisse a conclusão de que o primeiro nada mais é que um caso especial do segundo.

Em ambas as ações, o desvalor da ação recai na criação de riscos não tolerados, o que ocorre igualmente no dolo e na imputação de um dever de cuidado. O dolo, portanto, seria

uma violação de deveres de cuidado acrescida de elemento volitivo, e a culpa em sentido estrito é a simples violação do dever sem a intenção final de obter um resultado.

A doutrinadora ainda confirma a existência de um terceiro elemento (2004, p. 15), que seria mais grave que a culpa, porém menos grave que o dolo, algo como o “comportamento arriscado”, afirmando que essa forma de imputação dispensaria o requisito da previsibilidade do resultado típico, mas não o da violação do dever de cuidado nem o do nexo de imputação entre ação típica e suas consequências.

Ao citar o instituto da “*Tatsachendblindheit*” ou “cegueira diante dos fatos” (2004, p.84), a penalista os define como sendo casos em que os dados circunspectos ao fato não são conhecidos pelo autor, por sua total indiferença em relação a um bem jurídico. É pressuposto, portanto, que o autor conheça a possibilidade de lesão a um bem jurídico em sua atitude e os pressupostos fáticos do risco não admitido por ele criado.

A identificação e criação de barreira ao conhecimento, assim, evidenciaria que o perigo reconhecido pelo autor era mais controlável e, pois, maior o desprezo pela integridade do bem jurídico alheio não levado a sério.

Nesse contexto, a cegueira diante dos fatos ou dos elementos do tipo ficariam em segundo plano posto que ao Direito Penal caberia a análise da ação do autor frente a ameaça de um bem jurídico protegido. Na lição de Sauer (1955, p. 562), o que deve ser valorado juridicamente é a ação objetivamente perigosa, sendo o dolo a projeção do ilícito objetivo na representação do autor.

Puppe (2004, p. 79-80) defende que a criação consciente de um perigo deve ser o ponto de partida para a verificação da reprovabilidade de uma conduta, inobstante vontade final, e que o debate da distinção entre dolo e culpa poderia ser superado com o aludido conceito de perigo, o qual ainda poderia ser subdividido em culposos e dolosos.

Isso porque a busca pelo elemento volitivo ou por fatores internos ao agente é algo meramente ilusório, com ênfase nos debates acerca do dolo de segundo grau e dolo eventual, de maneira que se pode creditar a atitude do agente em tais casos como indiferença, mas não como vontade condicionada.

Portanto, o comportamento de um autor poderia ser a ele imputado se o perigo criado por ele representar um método idôneo para a provocação de resultado juridicamente desaprovado. Assim aparece também a ideia de potencialidade lesiva do método adotado como presunção de perigo doloso.

Quanto mais fatores integrantes do risco de realização do tipo criado for conhecido por seu autor, mais lógico qualificá-lo como um perigo doloso, sendo desnecessário que se valore esse risco em si, mas sim que conheça sua existência.

Para Perez Barberá (2011, p. 139-140), o dolo objetivamente é uma possibilidade privilegiada de prever o afastamento da conduta do autor a respeito da norma e a culpa uma possibilidade atenuada de previsão. Também aponta que para afirmar que exista dolo, o sujeito deveria ter capacidade de prever (e evitar) o fato, o que transformaria a discussão toda numa questão objetiva.

Em resumo, a questão justificadora da teoria da “cegueira deliberada” poderia ser solucionada com a imputação subjetiva por meio de critérios de dolo normativo. Em situações em que não é possível a imputação de dolo a partir da verificação objetiva do risco gerado, permaneceria a lógica do perigo culposos, que poderia ser verificado a partir de uma lógica de deveres de cuidado.

4.2 As principais dificuldades na aplicação do instituto

A doutrina espanhola trata por diversas vezes de inconvenientes à importação da teoria da cegueira deliberada para o sistema hispano. A relevância de trazer os apontamentos do penalista à tona é que aqui se fala de uma realidade muito próxima ao ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que se investigará, primeiramente, se a aplicação da teoria é algo desejável.

Eventuais críticas ao instituto não significam mais do que apontar suas fragilidades e dificuldades de aplicação a fim de atingir reflexões sobre a adequação para uma possível internalização no sistema jurídico pátrio.

De início, o penalista indica que a teoria da cegueira deliberada não tem contornos nítidos mesmo nos países em que é aplicada há mais de cem anos. A inclusão, portanto, de um “corpo estranho” proveniente da *common law* traria mais complexidade ao já difícil debate acerca do dolo.

Em seguida, defende que a grande maioria dos casos de ignorância deliberada pode, no direito baseado em *civil law*, ser resolvida por meio da figura do dolo eventual, de modo que a importação da teoria da “cegueira deliberada” seria desnecessária.

No entanto, não se deve reputar inútil a utilização da teoria no direito continental, muito embora os casos de “cegueira deliberada” sejam, de fato, abrangidos pelo dolo eventual. Ainda que todos os casos de cegueira deliberada sejam casos de dolo eventual, nem

todos os casos de dolo eventual são também situações de cegueira deliberada, uma vez que esta consiste em um grupo de casos dentro daquele. O estudo da teoria, portanto, faz-se necessário para que se possa verificar a aplicabilidade ao delito de lavagem de capitais nesses casos.

Por fim, o doutrinador espanhol insurge-se contra:

“o perigo de que os tribunais [...], adaptando-a [teoria da cegueira deliberada] segundo suas conveniências, a acabem utilizando como um subterfúgio para eludir seus deveres de motivação no que diz respeito à prova do conhecimento em que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual.” (2007, p.101)

Respeitado o entendimento acima, é mais interessante pensar que p estudo aprofundado da teoria da cegueira deliberada, leve justamente à uniformização da jurisprudência, prevenindo-se, assim, a ocorrência de equívocos como os mencionados anteriormente. Ademais, a adaptação da teoria pelos tribunais “conforme sua conveniência”, é mais uma demonstração da necessidade de se entender a teoria, e não um desestímulo à sua importação.

Ragués i Vallès e a doutrina especializada atentam, ainda, para possíveis obstáculos legais para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, os quais serão abordados mais detalhadamente a seguir.

4.2.1 Limites de legalidade da “cegueira deliberada”

Antes de analisar a aplicação da doutrina aos casos de lavagem de capitais na jurisprudência brasileira, é necessário verificar se essa prática não se depara com limites de legalidade.

Na realidade brasileira e quando as circunstâncias fáticas permitem, reconhece-se o dolo eventual na atuação do agente, havendo casos em que se chegou a identificar até mesmo o dolo direto. Sérgio Fernando Moro (2010, p.69), representante mais ilustre da incipiente doutrina brasileira que trata da ignorância deliberada, não vislumbra problemas na aplicação da teoria no Direito penal brasileiro, conforme destaca:

Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ‘ignorância deliberada’, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e quiçá de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção

jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.

A doutrina brasileira, todavia, parece restringir-se ao dolo eventual. Prado (2002, p. 240) assinala que a incerteza sobre algo que se devia saber para praticar um crime, mas não inibiu a conduta, não só integra o cotidiano da vida forense, como invariavelmente se capitula no art. 18, I, *in fine* do Código Penal.

Ragués i Vallès, por seu turno, atém-se a do conceito de erro e a do conceito de dolo, esferas que merecem um estudo pormenorizado ao analisar a legalidade da teoria da cegueira deliberada.

4.2.2 Conceito de dolo

Ragués i Vallès aponta (1999, p. 196), no que diz respeito ao conceito de dolo, insurge-se contra a afirmativa de que possa ser conhecedor quem atua em um estado de ignorância a respeito de elementos do tipo, por ser impossível que isso ocorra sem forçar a letra de lei para além do desejável. Vale notar que, neste sentido, a jurisprudência espanhola chegou a considerar a ignorância deliberada uma nova modalidade de imputação subjetiva, diferente do dolo, mas que merecesse a mesma resposta punitiva que ele.

Esse entendimento foi entendido como uma banalização da expressão “cegueira deliberada para Cristian Laufer (2016, p. 4), e também por Rodrigo Leite Prado (2004, p. 241). Portanto, não é o que aqui se defende, especialmente em razão da ressalva feita por Ragués i Vallès: a presença de um conceito de dolo na legislação brasileira.

Em respeito ao princípio da legalidade, qualquer solução proposta terá que adaptar-se aos limites do que dispõe o artigo 18, I, do CP, segundo o qual ‘o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo’. O que se defende neste estudo é, portanto, o enquadramento da cegueira deliberada como uma das incontáveis possibilidades de situações em que o agente atua assumindo o risco de produzir o resultado, configurando-se uma atuação com dolo eventual.

Com isso em mente, e sempre respeitando o protagonismo do princípio da legalidade no cenário jurídico-penal brasileiro, conforme a previsão do artigo 18, inciso I, do CP, dolo é querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo. Registre-se que, conforme mencionado anteriormente, nas situações de ignorância deliberada não é possível identificar o dolo direto,

já que este demanda a previsão do resultado ilícito e a vontade de realizá-lo, e a cegueira deliberada consiste justamente na incompletude do quadro de conhecimento.

A interpretação do artigo 18 não compreende a situação em que o sujeito queria um resultado se ele ignorava dados que o fariam antever a realização deste resultado, ou seja, se ele não tinha condições de prever sua concretização. Não há falar, ainda, em atuação culposa por parte do agente que se coloca conscientemente em posição de ignorância, seja em termos de culpa inconsciente ou mesmo de culpa consciente.

Assim, não se pode alegar que o sujeito que se coloca em situação de cegueira deliberada lança mão de mera previsibilidade do resultado: a opção por ignorar dados penalmente relevantes demonstra que ele consegue antever a realização do ilícito naquela situação.

Em seguida, importante ressaltar que a cegueira deliberada é incompatível com a ideia de que o agente confia na não realização do resultado, vez que para confiar deveria buscar as informações relevantes àquela situação. A deliberação por desconhecer dados penalmente relevantes, portanto, é comparável a assumir o risco de realização do ilícito. Dessa interpretação que entendem-se os casos de cegueira deliberada enquanto integrantes das hipóteses de dolo eventual.

A assunção do risco de produção do resultado ilícito não trata diretamente dos elementos do dolo, apontados pela doutrina como sendo consciência e vontade. Embora o legislador tenha priorizado o elemento volitivo, o elemento cognitivo é exigido de maneira implícita, cabendo, assim, à doutrina determinar o alcance necessário destes componentes para que se possa falar em dolo.

Cristian Laufer, contudo, faz referência à obra de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p. 500-501), lecionando que atua com dolo eventual o sujeito que não tem certeza acerca da existência de elementos que o tipo objetivo requer e, mesmo assim, age, de modo que aceita a possibilidade de que efetivamente existam.

Sobre o conhecimento, ainda, não parece absurdo afirmar que basta a representação do resultado como possível, uma vez que o dolo se configura já na assunção do risco de produção deste. Os casos em que o sujeito age com deliberada ignorância em relação a determinados dados relevantes à prática delitiva em questão, prossegue atuando mesmo que as circunstâncias fáticas sejam peculiares, alertando-o acerca do perigo de realização efetiva do resultado criminoso, consistem em verdadeira hipótese de dolo eventual.

Portanto, esse raciocínio significa dizer que a previsão legal do artigo 18, inciso I, do Código Penal, não é óbice à aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento brasileiro. Até mesmo pode ser entendido o inverso: a definição de dolo eventual trazida pelo legislador é ampla o suficiente para incluir casos de ignorância deliberada.

4.2.3 Conceito de erro

Objetivamente sobre o conceito de erro, Ragués i Vallès (1999, p. 197), defende que os casos de desconhecimento provocado devem ser excluídos deste grupo, tendo em vista que não pode errar aquele que não tem interesse em conhecer. Trocando em miúdos, quem não tem a mínima intenção de saber não se equivoca com seu desconhecimento, ou não emite nenhum juízo falso sobre a realidade, precisamente porque o que busca é não ter que emitir juízo algum.

O que se entende por meio das palavras do doutrinador espanhol é que erro e ignorância são situações bastante distintas, de modo que não haveria impedimento algum para que recebessem também eventual tratamento distinto no âmbito jurídico.

Consta no artigo 20, do CP, o tratamento do erro sobre elementos do tipo no ordenamento jurídico brasileiro: “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

O erro de proibição, por sua vez foi abordado no artigo 21 do Código Penal:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O doutrinador brasileiro Cezar Roberto Bitencourt, em sentido contrário ao que defende a doutrina espanhola, entende que o erro de proibição inclui a ignorância, sob a forma de desconhecimento da lei. Bitencourt entende, em suma, como erro de proibição as situações em que o agente desconhece a ilicitude de seu comportamento, e não aquelas em que se verifica o desconhecimento de uma norma legal.

Portanto, a separação entre erro e ignorância defendida pela doutrina majoritária espanhola cai por terra face ao ordenamento jurídico brasileiro, em que o desconhecimento é também abarcado pelas hipóteses de erro previstas pelo legislador. Para mais, se o agente que

atua desconhecendo o caráter ilícito de sua conduta age em erro de proibição, pode-se dizer que o sujeito que atua em situação de cegueira deliberada faz jus ao mesmo tratamento, como leciona Paulo César Busato (2014, no prelo).

Pois bem, o agente que atua com ignorância deliberada deixa de cumprir o dever de se informar, agindo com desconhecimento deliberado acerca da ilicitude de seus atos. Essa abstenção é considerada inaceitável pelo legislador, via leitura e interpretação do artigo 21 do Código Penal. Perceba-se que o ignorante deliberado atua desconhecendo a ilicitude de sua conduta, desconhecimento este absolutamente imputável à opção do sujeito de ignorar determinados dados penalmente relevantes.

O erro de proibição, portanto, é manifestamente vencível, razão pela qual deve-se operar, tão somente, a redução de pena prevista na parte final do artigo 21 do Código Penal, e não a isenção prescrita para situações de erro invencível. Busato propõe, destarte, que o grupo de casos de ignorância deliberada integra o dolo eventual, devendo ser tratado como hipótese dolosa eventual conjugada ao erro inescusável de proibição, fato que implicaria, necessariamente, em redução da carga penal imposta, conforme determinado pelo legislador no artigo 21 do Código Penal.

4.3 Há espaço para aplicar a teoria da “cegueira deliberada” ao delito de lavagem de capitais no Brasil?

A utilização da teoria da “cegueira deliberada”, embora incipiente nos Tribunais brasileiros, tende a tornar-se um dos grandes pontos de discussão atual acerca da imputação subjetiva de delitos. Antes mesmo de sua utilização na prática jurídica, já era apontada na doutrina por autores como Sérgio Fernando Moro, e por algum tempo foi o “tema da moda” no Direito Penal pátrio.

No que concerne à jurisprudência brasileira, observa-se que a entrada da teoria da “cegueira deliberada” se dá nos delitos de lavagem de dinheiro, sendo que os autores não chegam a aprofundar-se no estudo dos contornos da ignorância deliberada, realizando uma mera importação das ideias desenvolvidas no direito estrangeiro – especialmente no norte americano e no espanhol. Deve-se pontuar, ainda, que, mesmo dentre os autores que se dedicam ao estudo específico do crime de lavagem de dinheiro, a tratativa da teoria da cegueira deliberada não é uma regra.

Conforme sublinha Sérgio Fernando Moro (2010, p. 69), deve-se desde já ressaltar a larga utilidade que a doutrina da cegueira deliberada pode ter no âmbito dos delitos de lavagem de dinheiro:

São elas [as construções em torno da cegueira deliberada] ainda especialmente valiosas nos casos já mencionados, em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem. Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. [...] O cliente, ademais, não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime.

Cumpre, neste ínterim, analisar alguns dos casos mais conhecidos de aplicação da teoria, iniciando-se pela ação penal em que se buscou imputar a prática de lavagem de dinheiro a dois sujeitos que venderam diversos veículos a partícipes do célebre furto à caixa-forte do Banco Central de Fortaleza, em agosto de 2005¹², passando pelos mais recentes e midiáticos casos, como o “Mensalão” e a “Operação Lava Jato”.

Por óbvio, não são os únicos casos que buscam refletir e aplicar a teoria, no entanto, são os que mais claramente discutiram o elemento subjetivo em tal aspecto no meio criminal.

4.3.1 Furto ao Banco Central de Fortaleza

Este caso pode ser compreendido por meio da leitura do acórdão de relatoria do desembargador Rogério Fialho Moreira, resultado da Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0 ou da sentença do Processo Crime nº 2005.81.00.014586-0. Por eles, descreve-se que diversas pessoas foram acusadas de terem cometido o delito de furto qualificado pela subtração de R\$ 164.755.150,00 do Banco Central, a partir de escavação de túnel com mais de 75 metros de extensão.

No dia 06 de agosto daquele ano, os acusados dirigiram-se a uma loja de automóveis e adquiriram 11 veículos, efetuando o pagamento de R\$ 980.000,00 em espécie. Os sócios proprietários da empresa de venda de veículos foram acusados pelo delito de lavagem de dinheiro e condenados com base na teoria da “cegueira deliberada”, por terem sido enquadrados no artigo 9º, XII, da Lei nº 9.613/98.

A sentença aponta alguns contornos sobre a problemática da lei da lavagem frente à questão do elemento subjetivo:

¹² Trata-se da ação penal nº200581000145860, proveniente da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Disponível em <http://www.jfce.jus.br>. Acesso em 25/10/2018.

(...) Há aqui uma lacuna legislativa colmatável (...) restringindo o crime de lavagem de dinheiro ao dolo direto, ou trata-se de uma omissão deliberada do legislador, ou seja, um silêncio eloquente a fim de permitir a incidência da lei no caso de dolo eventual.

Na sequência, aponta que a doutrina brasileira é divergente quanto ao tema. Na busca por um entendimento, o magistrado apoiou-se na doutrina norte-americana para encontrar uma solução. Informa que *“a lei norte americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro”* (sic) e apresenta, enfim, a teoria apresentando o seguinte:

A justificativa substantiva para a regra é que ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é que, segundo o entendimento comum, alguém conhece fatos mesmo quando ele está menos do que absolutamente certo sobre eles. Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir com conhecimento positivo, mas agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão. Quando essa indiferença está presente, o conhecimento ‘positivo’ não é exigido.

Nesse caso, o magistrado sumarizou a teoria determinando que sua aplicação exige: 1) a existência de dois elementos, quais sejam o conhecimento do agente de que havia alta probabilidade de que os bens e valores eram provenientes de crime e 2) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento.

A sentença de primeiro grau condena os vendedores com base na prova de que:

(...) o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade da sua conduta.¹³

Na apelação, a corte federal posicionou-se de modo contrário, afastando a possibilidade de aplicação da teoria alegando grande proximidade com responsabilidade penal objetiva, estatuinto, em suma que não havia elementos concretos na sentença de primeiro grau que demonstrasse que os acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei de Lavagem.

O desembargador ainda aponta que, se houvesse a obrigação da loja de veículos em evitar a lavagem de ativos, a omissão nesse sentido não acarretaria responsabilização criminal

¹³ Sentença do Processo Crime n. 2005.81.00.014586-0, pg. 17, 11a Vara Federal – Seção Judiciária do Ceará, Justiça Federal de 1o grau da 5a Região.

por participação em atividade ilícita, mas tão somente sanções administrativas, exceto se os proprietários da revenda estivessem envolvidos dolosamente no processo de lavagem.

4.3.2 Ação penal nº 470 – MG: O caso “mensalão”

Um dos casos mais midiáticos no cenário dos crimes de colarinho branco é a ação penal n. 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que frequentou por meses os noticiários brasileiros e gerou inúmeros debates por suas imprecisões técnicas e confusões.

De maneira breve, serão trazidos os contornos da peça acusatória e pelo relator da ação penal em comento no que se refere a figura da “cegueira deliberada” no julgado. Especificamente serão apresentados os trechos dos votos dos ministros do STF que trouxeram em seus argumentos a teoria mesmo que sem a preocupação com apresentar toda a problemática abordada por sua extensão e confusão.

A análise tende a mostrar que a abordagem do tema realmente foi confusa no que se refere à sua aplicação, sua equiparação com o dolo eventual e, especialmente, a ausência de justificativas dogmáticas adequadas.

No que diz respeito aos repasses efetuados aos parlamentares e a possibilidade de configuração do delito de lavagem de dinheiro, a Ministra Rosa Weber apresentou, ao estudar o elemento subjetivo genérico que:

O dolo eventual na lavagem significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos, quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa.

Na sequência, aponta que:

O profissional da lavagem, contratado para realizá-la, pelo autor do crime antecedente, adota, em geral, uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito. Doutro lado, o autor do crime antecedente quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar os seus segredos, inclusive a procedência criminosa específica dos bens envolvidos ao lavador profissional. A regra, no mercado profissional da lavagem é o silêncio.¹⁴

Sobre os acusados, apresenta que:

14 Acórdão STF n. 470/MG, p.1273.

(...)houve, no caso do PP e do PL, a contratação de empresas financeiras que lavaram o numerário repassado pelas contas das empresas de Marcos Valério de uma forma bastante sofisticada. Ainda que tivesse ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais.¹⁵

Nota-se a problemática de “misturar” o dolo eventual com a “cegueira deliberada”. Sem estabelecer a diferença entre as figuras, aponta que trata-se de construção do *common law* acolhida pelo Supremo Tribunal Espanhol, que equiparou ambos os institutos. Tal argumento seria suficiente para permitir sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, por também ser *civil law*.

Ragués i Vallès (2007, “passim”), em sua obra cita que é muito claro o fato de que as decisões da Suprema Corte Espanhola sobre o instituto da “cegueira deliberada” são contraditórias entre si, confusas e incompatíveis com a dogmática da *civil law*. O pouco cuidado ao internalizar a teoria fez com que um precedente de Suprema Corte afete o judiciário de modo equívoco.

A Ministra alega que para a configuração da “cegueira deliberada” aos crimes de lavagem de dinheiro há a necessidade de que o agente tenha ciência da alta probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime; um agir de forma indiferente a esse conhecimento; e a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.¹⁶

As alegações da Ministra não são totalmente precisas, no entanto. A autonomia Estadual do direito norte-americano não permite essa generalização promovida, uma vez que muitos Estados admitem parametrizações objetivas em seu Direito Penal.

A própria doutrina estadunidense reluta para aceitação dos requisitos de alta probabilidade como parâmetro e não há pensadores que não identifiquem graves problemas na sua aplicação. A dificuldade em demonstrar o elemento interno “dolo” permanece, alocada em outro setor: há dificuldade em se demonstrar o elemento interno “ciência de elevada probabilidade”.

O voto permanece no sentido de que a doutrina brasileira acataria o resultado. A Ministra afirma categoricamente que para o crime de lavagem de dinheiro tem se admitido,

¹⁵Acórdão STF n. 470/MG, p.1273.

¹⁶ Acórdão STF n. 470/MG, p.1273.

por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal por meio da denominada doutrina da “cegueira deliberada”.

Contudo, a “cegueira deliberada” somente pode existir se o indivíduo desconhece (porém suspeita da) existência do elemento do tipo. O instituto é, aliás, gerador de desconhecimento do tipo. Dessa maneira, se o indivíduo tem conhecimento do tipo e em seguida provoca a circunstância de ignorância, configura-se verdadeiro dolo.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes é mais prudente com relação ao uso da teoria, ao apontar que:

(...) a prova do dolo (também chamado dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras de experiência comum do que ordinariamente acontece (Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, Lumen Juris, p. 295).¹⁷

No geral, são esses os apontamentos principais acerca da teoria neste caso.

4.3.3 Operação Lava Jato

O caso em apreço é a sentença decorrente de denúncia do Ministério Público Federal por conta de delitos de lavagem de capitais e organização criminosa a partir de condutas de desvios de dinheiro público ocorridos na construção da Refinaria Abreu e Lima, no Município de Ipojuca, Pernambuco, por meio de contratos superfaturados a empresas que prestaram serviços direta ou indiretamente à Petrobras, entre 2009 a 2014.¹⁸

Há uma miríade de co-autores, alguns envolvidos diretamente com a lavagem de dinheiro, outros procedendo a remessas internacionais de valores utilizando-se de contratos fraudulentos. Uma parte da defesa apresentou que certos autores procederam à tais remessas sem conhecimento da origem ilícita dos valores e, portanto, sem dolo quanto ao elemento do tipo.

Para o magistrado, a prática de fraudes sistemáticas, em quantidade elevada e por período constante tornaria impossível o não reconhecimento do agir doloso. Nesse sentido, no mínimo deveria ser reconhecido o dolo eventual.

O ponto de vista daquela corte é no sentido de que a figura do dolo dispensa os requisitos consciência e vontade, visto que, para o magistrado, é a quantidade de ações e o

¹⁷ Acórdão STF n. 470/MG, p. 5717.

¹⁸ Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>. Acesso em 08/11/2018.

período decorrente que servem de parâmetro para imputação do elemento subjetivo, o que, por si só, já seria ilegal. Uma omissão culposa, praticada reiteradamente e por longo período de tempo poderia, desta feita, transformar-se em um delito doloso teratologicamente.

Na sentença em questão, o magistrado compara o dolo eventual à *wilfull blindness* baseado na tradição do Direito Continental europeu. No entanto, a partir da leitura da obra de referência do Direito Continental europeu (Ragués i Vallès), o erro elementar é a equiparação dos institutos.

O magistrado ainda aponta julgado do TRF da 4a Região, em turma que ele mesmo funcionava como juiz convocado. O próprio trecho é contraditório, uma vez que aponta os limites positivados no artigo 18 e, em seguida, expande livremente o conceito de dolo:

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro. (ACR 5004606-31.2010.404.7002 – Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8a Turma do TRF4 – un. - j. 16/07/2014)

Quando o magistrado faz uso da expressão “se mantém em situação de não querer saber” e também “pode conhecer a natureza do ato ou da colaboração”, ele mesmo se obriga a demonstrar essas circunstâncias, demonstrando que o agente tinha “intenção de não querer saber”.

Portanto, em vez de buscar aprofundar o dado de maneira sistemática, ao juiz bastou a afirmativa subjetiva de que havia tal situação, o que torna a decisão não adequadamente fundamentada e, no que se refere à aplicação da teoria, arbitrária.

Se houve uma escolha por parte do agente em permanecer ignorante, incumbe ao magistrado o dever de demonstrar que houve, de fato, essa escolha de permanecer ignorante, não se admitindo presunção “*contra reo*” por violação ao princípio da presunção de inocência.

A escolha de permanecer ignorante, conhecendo a sistemática do problema é, de certa maneira, dolo. Há consciência da situação, portanto não há falar em “cegueira deliberada” que é instituto da imputação subjetiva em situações de inexistência de consciência.

A “cegueira deliberada” não é uma simples estratégia de evitação de conhecimento. Para Sidow (2017, p. 230), trata-se de figura dogmática que visa determinar rigorosa e criteriosamente os requisitos para que seja possível – sem violar a dogmática garantista presente nos países que a adotam - a imputação subjetiva de uma conduta a um sujeito participante, apesar da inexistência dos requisitos ortodoxos de vontade e consciência.

Não se trata, portanto, de equiparar a outros institutos, pois diversos. Trata-se de verificar a imputação. Qualquer raciocínio diverso deste violaria o sistema penal e garantias constitucionais.

4.3.4 Análise Crítica

De plano, repita-se a afirmativa que permeia esse trabalho: o Brasil não adotou a teoria da “cegueira deliberada” em seu ordenamento, nem majoritariamente em seus manuais, nem há um feixe considerável de decisões judiciais no sentido de aplicá-la amplamente. No entanto, desde o início do século XXI, academias europeias (com destaque para a espanhola) iniciaram o uso da doutrina.

De maneira geral, e feita a análise de legalidade, deve-se atentar aos julgados analisados no capítulo, os quais demonstram a possibilidade de a cegueira deliberada consistir em hipótese de dolo eventual na práxis forense, sem que, no entanto, se confunda com esta.

Em diversos casos o ordenamento penal pátrio impõe deveres de cuidado, seja na lógica dos delitos omissivos, seja na imposição de deveres de garante, o Direito Brasileiro tem sim positivações relevantes.

Numa reflexão causal, é possível dizer que a omissão de um agente que não investiga suspeitas relacionadas a um fato relacionado com um tipo penal é causa de um delito? Certamente as omissões dolosas relacionadas diretamente com um ato ilícito são causa. No mesmo sentido, negligências quanto a tipos culposos.

Em ambos os casos a legislação atribuiu deveres, que são atribuídos justamente para evitar consequências; são verdadeiros deveres de cuidado com foco no desvalor do resultado.

Na “cegueira deliberada”, os deveres de cuidado estão obscuros por estarem alocados nas ações intermediárias apenas. Não se sabe seguramente se haverá resultado. Eventuais deveres de cuidado parecem vestidos com uma roupagem mais preventiva, em situações de perigo abstrato, em um âmbito pouco garantista.

O critério de previsibilidade de resultado está parágrafo segundo, do artigo 29, do CP brasileiro, ao apresentar que a pena pode ser aumentada até na metade, na hipótese de ter sido previsível um resultado mais grave. Isso dá horizontes para uma espécie de imputação subjetiva: ainda que o dolo seja de praticar delito mais leve, o sistema cria um aumento de pena, imputando uma situação de dolo eventual.

Seria o caso em que é possível entregar ao agente responsabilidade penal majorada nas situações em que objetivamente um indivíduo médio teria cessado sua ação por visualizar lesão a um bem jurídico.

Não obstante os casos passíveis de enquadramento da figura da “cegueira deliberada”, nota-se que apesar de toda a lógica envolvida, os tribunais e julgadores brasileiros não se dedicaram adequadamente ao estudo do tema. Em vez de buscar estudar a estrutura do instituto, limitamo-nos à aceitação do modo de aplicação espanhol em sua realidade não atrelada a um conceito de dolo.

No âmbito da lavagem de ativos, especialmente, aceitar a aplicação da teoria da “cegueira deliberada” implica a imputação do delito, não só ao seu autor, mas também a quem voluntariamente se coloca em situação de desconhecimento diante de circunstâncias suspeitas, ou evita aprofundar sua percepção sobre os fatos (no caso, sobre a origem de bens e valores frutos do crime antecedente). De acordo com Badaró e Bottini (2016, p. 98), se o agente não quer conhecer a procedência dos bens, mas representa como provável sua origem delitiva ao realizar a conduta, estaria caracterizada a “cegueira deliberada”.

A grande maioria dos casos resolvidos no sistema *common law* pelo uso da teoria da cegueira deliberada seria assemelhada, nos países de sistema *civil law*, à argumentação baseada no dolo eventual. Em que pese a ausência de uniformidade quanto ao sentido da aplicação desta doutrina, é certo, no entanto, que a mesma não justifica ou permite sua utilização como recurso retórico para contornar o dever de motivar conclusões sobre a configuração do dolo delitivo ou para a facilitação probatória somente em prol da acusação.

Quando da utilização da ignorância deliberada na jurisprudência espanhola, Ragués i Vallés (2007, p. 58-61) aponta diversas objeções que podem servir de parâmetro para a realidade brasileira, destacando-se:

- 1) não há uniformidade de entendimento que oscila do apontamento da culpa até a equiparação do dolo direto;
- 2) não há demonstração de necessidade e utilidade, já que não resta claro quais casos ela poderia resolver que não tivesse condições de antes já serem decididos pelos conceitos tradicionais de dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente;

- 3) na prática, é utilizada para fundamentar condenações em que o órgão julgador não se esforça para colher provas do elemento subjetivo ou quando tais provas não existem no processo;
- 4) igualmente em casos concretos, a sua aplicação usualmente vem desacompanhada de fundamentação quanto aos elementos concretos de prova acerca da “cegueira deliberada”;
- 5) a dificuldade de prova da “alta probabilidade” da origem criminosa do bem, direito ou valor é ainda maior do que a de “previsão” exigida para o dolo eventual;
- 6) a doutrina parece criar uma forma de imputação subjetiva sem qualquer base legal, ferindo a legalidade;
- 7) muitas vezes representa um mero recurso retórico que permite afastar os deveres de motivação do juiz em relação à prova de delitos que apresentam penas altas, como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro.

No entanto, com base no ordenamento espanhol (que é muito próximo ao brasileiro), conclui-se que, atualmente, a teoria da “cegueira deliberada”, da maneira como vem sendo aplicada pelo Tribunal Supremo daquele país pode ser na prática uma ferramenta útil, sobretudo para quem desempenha a função da acusação no processo, de maneira a evitar a impunidade em razão de déficits de imputação subjetiva.

Apesar disso, numa perspectiva teórica, esta equiparação cria problemas de adequação ao sistema vigente de responsabilidade subjetiva que distingue unicamente o dolo da culpa, além de suscitar dúvidas de proporcionalidade. A doutrina adverte também para o fato da exclusão do rol de crimes antecedentes com a edição da Lei n. 12.683/2012 pode atingir setores mais frágeis e despertar uma punibilidade excessiva.

Questiona-se a desproporcionalidade da aplicação do instituto, uma vez que a responsabilização por condutas distintas (ação e omissão) será a mesma. Para Estellita (2003, p.11-13), o princípio da proporcionalidade demanda a existência de proporcionalidade entre a gravidade da pena, a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade do ataque a tal bem. Portanto, a questão de punir, na mesma intensidade, duas condutas claramente distintas quanto ao dolo de agir deve ser muito bem analisada para que se preserve o princípio da proporcionalidade.

Em que pese o razoável número de precedentes no direito penal brasileiro que aplicam a teoria da cegueira deliberada enquanto aliada do dolo eventual, há que se aprofundar a reflexão. Trata-se de uma construção complexa e ao mesmo tempo flexível, podendo se ajustar conforme a orientação de cada ordenamento. No entanto, a flexibilidade não necessariamente é característica positiva de construções como essa.

Há, nesse caso, evidente falta de regulamentação e ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de vínculo jurídico estável para a cegueira deliberada, o que reflete em padrões

diversos de aplicação. Percebe-se que os critérios de aplicação têm ficado a cargo de juízes e desembargadores conforme sua interpretação no caso concreto.

No mais, parece adequado o entendimento no qual, frente a lacuna deixada pela redação da Lei n. 12.683/2012, pode, ocasional e muito cuidadosamente, admitir o dolo eventual. Nesse sentido, necessária se faz a análise de cada caso, minuciosamente, haja vista que na maioria das vezes dizer que o autor assume o risco de que os bens ou valores sejam provenientes de condutas criminosas não parece razoável e nem suficiente para condenação sem que haja prova robusta.

Sendo aceita ocasionalmente a utilização da doutrina da cegueira deliberada, o primeiro requisito para sua aplicação deve ser o cabimento do dolo eventual na conduta delituosa, uma vez que, em caso contrário, a doutrina já restaria afastada. Após essa deliberação, deve ser adotado o que foi estipulado no direito penal brasileiro: a necessidade de se atentar para a efetiva situação suspeita e com alta probabilidade de que venha a ser criminosa, para depois reconhecer a voluntariedade do sujeito em se manter indiferente.

Por fim, essa teoria recente (para o Brasil) é adequada principalmente para a rediscussão de alguns aspectos importantes acerca da dogmática do tipo subjetivo, que pouco têm a ver com os casos levados a julgamento pelo Judiciário brasileiro. Portanto, para superar as já diversas barreiras existentes à importação da teoria, na lição de Ragués I Vallès (2007, p.212) o primeiro passo a ser superado é a falta de reflexão em seu uso.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e, observando-se a ordem definida para esta pesquisa, é possível formular as seguintes conclusões:

Em primeiro lugar, buscou-se mostrar a ofensividade do delito de lavagem de capitais à sociedade de maneira homogênea. O delito é capaz de mascarar diversas atividades ilícitas de uma só vez, e financia o pleno funcionamento de inúmeras organizações criminosas em âmbito mundial.

Assim, os estudos modernos sobre a lavagem de ativos já a enquadram em um Direito Penal Econômico contemporâneo, que busca principalmente alargar as fronteiras do Direito

Penal clássico, oferecendo soluções e intercâmbios jurídicos a fim de uma persecução mais efetiva de crimes que danificam sistemas financeiros e, por consequência, setores básicos da sociedade. Um dos desafios dessa área do Direito Penal é a busca pela gradativa eliminação das barreiras transnacionais para a persecução de crimes que afetam sistemas econômicos e financeiros.

Por meio da análise da legislação brasileira, denotou-se a insegurança em punir o agente que traz como elemento subjetivo em sua conduta o dolo eventual, pelo argumento de que a lei silenciou quanto à possibilidade, sendo que não há ainda um posicionamento majoritário sobre se, em caso de aceitação do dolo eventual, haveria a necessidade do agente compreender todos os elementos objetivos e subjetivos do crime antecedente. Uma das maneiras de resolver a questão do elemento subjetivo do tipo é a teoria da “cegueira deliberada”.

Originada dois séculos antes do atual, em países com uma realidade muito distinta da contemporânea e com tradição de direito de *common law*, a doutrina da cegueira deliberada foi redescoberta nos Estados Unidos para auxiliar a punição pelo crime de tráfico de drogas. Disseminou-se por outros países -notadamente a Espanha- e, via América do Norte e Europa, chegou ao Brasil.

A doutrina da “cegueira deliberada”, ao ser trazida para a realidade do Direito Penal brasileiro não passou por testes de adaptação, adequação e constitucionalidade. É muito mais complexa sua utilização por aqui do que nos países de direito anglo-saxão, a teoria em debate fica localizada no “limbo” entre o dolo eventual e a culpa consciente, exigindo necessariamente uma construção que autorize sua aplicação em respeito à Constituição e à lei penal vigente. Nesse ponto, a Constituição brasileira é mais complexa que a dos EUA, de modo que prevê expressamente o princípio da legalidade no direito penal e, por consequência, a exigência de um exame de compatibilidade.

Há clara intervenção dos tribunais brasileiros na aplicação da *willfull blindness* no próprio legislativo, em desrespeito à Carta Magna e ao princípio da legalidade, adentrando o espectro do dolo e ampliando sua extensão. Conceitos como conhecimento pleno, dolo e culpa vem sendo alterados e alargados na perspectiva punitiva, numa ação dos julgadores que desenfreadamente buscam verem os réus punidos. Da maneira como tem sido utilizada, a teoria da “cegueira deliberada” vem servindo somente como meio de alteração do texto legal, dando margem à decisões baseadas na opinião pessoal dos magistrados, sob um falso véu de tese jurídica recepcionada.

Com relação a aplicabilidade da teoria ao delito de lavagem de ativos, nota-se que a edição da Lei nº 12.683/2012, com a extinção do rol de crimes antecedentes, trouxe uma luz à discussão do dolo eventual no crime. No entanto, a doutrina segue sem uniformidade, uma vez que mantêm-se correntes distintas que aceitam o dolo eventual, enquanto persistem outras admitindo somente dolo direto.

Sendo aceito o dolo eventual no crime em comento, estaria configurado o delito desde que presente o conhecimento da probabilidade de origem criminosa dos valores. E, quando se fala em probabilidade de origem criminosa dos valores, a “cegueira deliberada” é uma das soluções propostas. Para sua aplicação, o conhecimento da alta probabilidade dos valores serem ilícitos e o ato voluntário do agente em permanecer indiferente à situação seriam suficientes, seguindo o modelo norte-americano.

Na hodierna realidade jurídico-penal brasileira, muito em face das confusões originadas pelas tentativas de aplicação, conclui-se que a “cegueira deliberada” - enquanto teoria – pode ser aplicada, desde que sirva mais como “fundamento” do dolo ou da culpa e não como “presunção” de suas existências, seus substitutos ou como um “terceiro elemento subjetivo”, em ofensa ao princípio da legalidade. Em outras palavras, pode ser aplicada, mas não deve, na medida que o dolo direto e eventual têm resolvido bem a questão.

Por derradeiro, inspirado pelo saudoso José Saramago: *“que não haja cegueira quanto à cegueira, especialmente a dos cegos que veem e, querendo, não veem”*.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Críticas ao projeto da nova lei de lavagem**. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/artigo-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf>> Acesso em: 15 de março de 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. **Derecho penal económico**, 2. ed. Madrid: Ed. Ramón Aceres, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quar-tier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo. Ed. Paz e Terra, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral 1**, 14ª Edição, Ed. Saraiva, 2009.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3ª Edição. Ed. Arazandi, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica**. *Eguzkilore*. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio en particular de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales**. Granada: Ed Comares, 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro; CAPARRÓS, Eduardo Fabián; SILDARRIAGA, Victor Prado; AGUADO, Javier Zaragoza. **Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero: Aspectos substantivos. In combate al lavado de activos desde el sistema judicial: edición especial para el Perú**. 3. Ed. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2006.

BONFIM, Marcia Bonassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro**. O Estado de São Paulo, 27.06.2012, Seção B2.

BRAGA, Eduardo. **Parecer do Relator pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ao Projeto de Lei do Senado nº 209, de 2003**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/109203.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613/98, de 03 de março de 1988**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.522/02, de 19 de Julho de 2002.** Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.683/12, de 09 de julho de 2012.** Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARO JOHN, José Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal.** Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, n.2, 2005.

CERVINI, Raúl. **Lei de Lavagem de Capitais: comentários à Lei 9.613.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Guilherme Augusto. **Os crimes do colarinho branco (origem e conceito) tolhendo o desenvolvimento do Brasil: Direito Penal Econômico (Crimes de Colarinho Branco)** - 2ª edição revista e atualizada (Locais do Kindle 531-534). Edição do Kindle.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

PEREIRA, Flavia Goulart; PEREIRA, Flavia Goulart. **Os crimes econômicos na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes. **Lavagem de Dinheiro: A tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática.** São Paulo: Ed. Millenium, 2008.

SAUER, Wilhelm. **Allgemeine Strafrechtslehre.** 3 edição. Berlin: Ed.Gruyter, 1955.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2007.